

Formelle Voraussetzungen
statutenändernder Beschlüsse der
Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANS WEBER
von Gottshaus (Kt. Thurgau)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

1955

Buchdruckerei Schweiz. Bodensee-Zeitung AG.
Romanshorn

Formelle Voraussetzungen
statutenändernder Beschlüsse der
Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANS WEBER

von Gottshaus (Kt. Thurgau)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

1953

Buchdruckerei Schweiz. Bodensee-Zeitung AG.
Romanshorn

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Januar 1952.

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Weiss.



Inhaltsverzeichnis

I. Teil:

Der materielle Begriff des statutenändernden Beschlusses

	Seite
§ 1. Die Merkmale des statutenändernden Beschlusses	1
§ 2. Freiwillige Statutenänderungen im besondern	3
I. Der Ort, wo der Wille zur Statutenänderung zum Ausdruck kommt	3
II. Die Art und Weise, wie der Wille zur Statutenänderung zum Ausdruck kommt	4
III. Die Bedeutung des Willens zur Statutenänderung	4
§ 3. Beschlüsse, die in die Statuten aufgenommen werden müssen	8
I. Die Rechtsnormen, welche eine Statutenänderung vorschreiben	8
1. Die Vorschriften des Art. 626 OR	9
2. Die Vorschriften des Art. 627 OR	9
3. Die Vorschriften des Art. 628 OR	10
4. Weitere Rechtsquellen	12
a) Ergänzung des Gesetzes	12
b) Statutarische Bestimmungen	12
c) Ungeschriebenes Recht	13
II. Beschlüsse, welche einer bestehenden Statutenbestimmung widersprechen	13
1. Allgemeines	13
2. Der Begriff der statutarischen Bestimmung	14
3. Die Widersprüchlichkeit zweier Statutenbestimmungen	16
a) Allgemeines	16
b) Die rechtliche Relevanz des Widerspruches	16

§ 10. Die öffentliche Beurkundung	73
I. Allgemeines	73
1. Zweck	73
2. Bedeutung	74
3. Rechtsquellen	75
II. Die einzelnen Erfordernisse	76
1. Die Zuständigkeit der Urkundsperson	76
a) örtliche Zuständigkeit	76
b) sachliche Zuständigkeit	77
c) Ausstandspflicht	77
2. Anwesenheit der Urkundsperson	78
3. Aufsetzen der Urkunde	79
4. Unterzeichnen der Urkunde	79
§ 11. Der Eintrag im Handelsregister	79
I. Der Zweck des Handelsregistereintrages	79
II. Die Bedeutung des Handelsregistereintrages	80
1. Die Wirkungen des Handelsregistereintrages im allgemeinen	80
2. Die Wirkungen beim statutenändernden Beschluß	82
III. Der Vorgang des Eintrages	90
1. Die Anmeldung	90
a) Legitimation zur Anmeldung	90
b) Vorgang der Anmeldung	91
c) Rechte und Pflichten der anmeldenden Personen	91
IV. Die Prüfungsbefugnis des Registerführers	92
1. Allgemeines	92
2. Die registerrechtlichen Voraussetzungen	93
3. Die materiellen zivilrechtlichen Voraussetzungen	94
4. Die Prüfung der Erfordernisse gemäß HRegV Art. 38	95
a) Allgemeines	95
b) Wahrheit des Eintrages	96
c) Täuschung und Widerspruch zum öffentlichen Interesse	97
5. Statutenverletzungen	97
6. Nichtig und anfechtbare Beschlüsse	97

Anhang:

Zur Auslegung von Formvorschriften

§ 12. Der besondere Charakter der Formvorschrift	100
§ 13. Besondere Probleme bei der teleologischen Auslegung von Formvorschriften	101

Abkürzungen

a.a.O.	am angeführten Ort
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juli 1881 bzw. vom 30. März 1911
Ber. 20	Bericht über die Revision der Titel 24—33 des schweiz. OR, erstattet von Eugen Huber (März 1920), Beilage zum Entwurf vom Dezember 1919
Ber. 23	Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24—33 des schweiz. OR, erstattet von A. Hoffmann (Dezember 1923), Beilage zum Entwurf vom Dezember 1923
BGE	Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BLZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BlHE	Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen
DAG	Deutsches Aktiengesetz vom 30. Januar 1937
Entwurf I	Entwurf eines Bundesgesetzes betr. Revision der Titel 24—33 des OR, verfaßt von Eugen Huber, Dezember 1919
Entwurf II	Entwurf eines Bundesgesetzes betr. Revision der Titel 24—33 des OR, verfaßt von A. Hoffmann, Dezember 1923
Entwurf III	Entwurf des Bundesrates (mit Botschaft) zu einem Bundesgesetz über die Revision der Titel 24—33 des schweiz. OR, vom 21. Februar 1928
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
HRegV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
JW	Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom deutschen Anwaltverein, W. Moeser, Leipzig
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichtes, herausgegeben von Johow & Ring, Berlin, Verlag Franz Wahlen
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan & Falkmann
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dez. 1936
Pra	Praxis des Bundesgerichtes, Verlag von Helbing & Lichtenhahn, Basel
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
SchwAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StenBull	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung NR = Nationalrat, StR = Ständerat
ZBGR	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZH	Zentralblatt für Handelsrecht, Berlin

Literaturverzeichnis

- Bartlomé Fritz*: „Die Statuten der Aktiengesellschaft“, Bern 1949.
- Beck Emil*: „Einführungs- und Uebergangsbestimmungen“ in Kommentar zum ZGB, herausgegeben von M. Gmür, Bern 1932.
- Brodmann Erich*: „Kommentar zum Aktienrecht“, Berlin und Leipzig 1928.
- Burckhardt Walther*: „Einführung in die Rechtswissenschaft“, Zürich 1939.
- Couchepin René*: „Praxis des Bundesgerichtes in Handelsregistersachen“.
- Egger August*: „Kommentar zum schweizerischen ZGB“, Einleitung und Personenrecht; 2. Auflage, Zürich 1930.
- Ensslin Richard*: „Das Recht auf Anfechtung gesetzes- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse“. Diss. Zürich 1930.
- Fischer Rudolf*: „Das Aktienrecht“, Leipzig 1916.
- Fleiner Fritz*: „Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes“, 6. und 7. Auflage, Tübingen 1922.
- Gadow, Heinichen, Schmidt-Weipert*: Aktiengesetz, Kommentar, Berlin 1939.
- Geilinger Ulrich*: „Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der A.G.“ Diss. Zürich 1948.
- Gloor Max*: „Der Treuegedanken im Recht der Handelsgesellschaften“, Diss. Zürich 1942.
- Gmür Max*: „Kommentar zum Schweiz. ZGB, Einleitung“, Bern 1910.
- Greuter Bernhard*: „Das Problem des Erwerbes eigener Aktien“, Diss. Zürich 1948.
- Herold Hans*: „Zwingendes Aktienrecht“, Diss. Zürich 1931.
- His Eduard*: „Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung“ in Kommentar zum schweizerischen ZGB, herausgegeben von H. Becker.
- Horrwitz Hugo*: „Das Recht der Generalversammlung der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien“, Berlin 1913.
- Hueck Alfred*: „Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform“, Berlin 1933.
- Jacusié Hans*: „Gültige und fehlerhafte Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaften“, Diss. Königsberg 1928.
- Jellinek Walter*: „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung“, Tübingen 1913.
- Irminger Elisabeth*: „Die fusionsähnliche Vermögensübertragung bei Aktiengesellschaften“, Diss. Zürich 1952.
- König Walter*: „Statut, Reglement, Observanz“, Diss. Zürich 1934.
- Makower H.*: „Handelsgesetzbuch mit Kommentar“, 13. Auflage, Berlin 1906.
- Perret Charles*: „Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Gesellschaftsrecht“, Diss. Bern 1926.
- Peyer Rudolf*: „Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft“, Diss. Zürich 1944.

- Pissel* Ludwig: „Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft auf Grund der neueren Rechtsprechung“, Diss. Erlangen 1913.
- Plangg* Karl: „Die rechtlichen Wirkungen der Eintragungen ins Handelsregister nach schweizerischem Recht“, Diss. Zürich 1922.
- Puchta* G. F.: „Das Gewohnheitsrecht“, II. Teil, Erlangen 1837.
- Schlegelberger-Quassowsky*: „Kommentar zum Aktiengesetz vom 30. Januar 1937“, Berlin 1937.
- Schucany* Emil: „Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht“, Zürich 1940.
- Siegwart* Alfred: „Die Aktiengesellschaft“ in Kommentar zum schweizerischen ZGB, V. Bd., 5. Teil, Zürich 1945.
- Staub* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Auflage, Berlin und Leipzig 1926, zit.: *Staub-Pinner*.
- v. Steiger* F.: „Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister“, Zürich 1937.
- „Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz“, Zürich 1946.
- Stokar* Rudolf: „Kognitionspflicht und Verantwortlichkeit der Urkundsperson bei ihrer Tätigkeit in der A.G.“, Diss. Zürich 1947.
- Weder* Franz Xaver: „Die Rechtsmängel in den Beschlüssen der Aktionärversammlungen“, Diss. Freiburg i. Ue. 1927.
- Wieland* Karl: „Handelsrecht“, II. Band, München und Leipzig 1931.
- Zehnder* August: „Die Generalversammlung bei den Aktiengesellschaften“, Diss. Bern 1922.

Zeitschriften

- | | |
|--|----------------|
| Juristische Wochenschrift | zit.: JW |
| herausgegeben vom deutschen Anwaltverein, W. Moeser, Leipzig | |
| Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen | zit.: Holdheim |
| herausgegeben von Paul Holdheim, Verlag Carl Heymann, Berlin | |
| Die Schweizerische Aktiengesellschaft | zit.: SchwAG |
| Polygraphischer Verlag A.G., Zürich | |
| Schweizerische Juristenzeitung | zit.: SJZ |
| Verlag Schultheß & Co., A.G., Zürich | |
| Zeitschrift des bernischen Juristenvereins | zit.: ZBJV |
| Verlag Stämpfli & Co., Bern | |
| Zentralblatt für Handelsrecht, Berlin | zit.: ZH |

Materialien

- | | |
|--|---|
| Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung | zit.: Sten.Bull. StR
Sten.Bull. NatR |
| Entwürfe zur Revision der Titel XXIV — XXXIII des OR | |
| Entwurf I (1919) | |
| Entwurf II (1923) | |
| Entwurf III (1928) | |
| Berichte zu den Entwürfen | zit.: Ber. 20
Ber. 23 |
| Protokoll der Expertenkommission betr. Revision der Titel XXIV — XXXIII des OR | |
| Bern 1926 | |

Sammlungen von Entscheiden

Blätter für zürcherische Rechtsprechung Art. Institut Orell Füßli A.G.	zit.: BIZR
Entscheidungen des Bundesgerichtes, amtliche Sammlung Lausanne imprimerie réunies S.A.	zit.: BGE
Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen Berlin Walter de Gruyter & Co.	zit.: RGZ
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichtes herausgegeben von Johow & Ring, Berlin, Verlag Franz Wahlen	zit.: KGJ
Praxis des Bundesgerichtes Basel, Verlag von Helbing & Lichtenhahn	zit.: Pra
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts herausgegeben von Mugdan & Falkmann	zit.: OLG
Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau	zit.: VAargR
Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht	zit.: ZBGR

Vorwort

Mit der vorliegenden Arbeit möchten wir eine Uebersicht geben über die Entstehung eines statutenändernden Beschlusses bei der Aktiengesellschaft. Wir werden untersuchen, welche Formalitäten der Reihe nach zu erfüllen sind, damit am Schluß ein voll gültiger und voll wirksamer Beschluß vorliegt und die Aenderung vollzogen ist. Diese Beschränkung auf das Formelle bedeutet, daß alle jene Probleme nicht oder nur andeutungsweise zur Sprache kommen, die sich bei der Frage über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Inhaltes einer Statutenänderung stellen.

Die Einteilung der Arbeit ist weitgehend durch das Thema vorgezeichnet. In einem ersten Teil untersuchen wir den materiellen Begriff des statutenändernden Beschlusses, da die Anwendung formeller Vorschriften die Abklärung der materiellen Seite voraussetzt. In einem zweiten Teil behandeln wir die eigentlichen formellen Erfordernisse, wobei in einem ersten Abschnitt Begriff und Rechtsquellen und in einem zweiten die einzelnen besonderen Erfordernisse zur Darstellung gelangen. Eine kurze Betrachtung über die teleologische Anwendung von Formvorschriften bildet den Schluß.

Die Aufgabe, das vorliegende Thema im Rahmen einer Dissertation zu behandeln, hat sich in verschiedener Hinsicht als problematisch erwiesen. Vor allem hat es sich gezeigt, daß die Abgrenzung des Stoffes an manchen Orten erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Die statutenändernden Beschlüsse stellen nur einen speziellen Teil der Gesamtheit der Generalversammlungsbeschlüsse der A.G. dar, und für die Gültigkeit einer Statutenänderung sind natürlich nicht nur die speziell für Statutenänderungen, sondern auch die allgemeinen, für jeden Generalversammlungsbeschluß geltenden Vorschriften zu beachten. Der Leser mag es als eine Lücke empfinden, daß diese allgemeinen Vorschriften keine nähere Darstellung erfahren.

Wir glauben jedoch, diese Lücke verantworten zu können, nicht zuletzt deshalb, weil es sich um Vorschriften handelt, die in weitgehendem Maße allgemein bekannt und vor allem der Praxis geläufig sind.

Wie bei jedem Thema stellte sich auch hier das Problem der Beschränkung. Eine in jeder Beziehung erschöpfende und umfassende Darstellung eines Gebietes wäre ja nicht nur ein unmögliches, sondern auch ein wenig sinnvolles Unterfangen. Vor allem war es auch die Weitläufigkeit des Themas, die es notwendig machte, sich teilweise in erheblichem Maße auf das Grundsätzliche zu beschränken. Dies mag vor allem auf den Gebieten der öffentlichen Beurkundung und des Handelregistereintrages auffallen. Schließlich haben wir dort, wo allzu drastische Beschränkungen hätten vorgenommen werden müssen, von einer Behandlung überhaupt abgesehen, so z. B. bei den Spezialfällen der Kapitalerhöhung und der Kapitalherabsetzung, dies nicht zuletzt deshalb, weil diese Gebiete schon oft Gegenstand besonderer Darstellungen bildeten.

Die Systematik der Arbeit mag deshalb etwas ungewohnt erscheinen, weil sie stark von derjenigen des Gesetzes abweicht. Das ließ sich bei einer Darstellung des formellen Rechtes darum nicht vermeiden, weil die gesetzliche Regelung des Aktienrechtes weitgehend nach materiellen Gesichtspunkten erfolgt ist.

Daß von der Fülle der Probleme nur einige wenige eingehend behandelt werden können, bedarf wohl keiner näheren Erklärung. Der Leser möge entscheiden, ob in dieser Hinsicht der richtige Weg gefunden worden ist.

I. THEIL

Der materielle Begriff des statutenändernden Beschlusses

§ 1

Die Merkmale des statutenändernden Beschlusses

In Art. 647, Abs. 1 OR hat der Gesetzgeber bestimmt, daß über jeden Beschluß der Generalversammlung, der eine *Aenderung der Statuten* zum Gegenstand hat, eine öffentliche Urkunde zu errichten ist; oder in Art. 700, Abs. 1 finden wir: *Anträge auf Abänderung der Statuten* sind zur Einsicht der Aktionäre am Hauptsitz und bei den Zweigniederlassungen aufzulegen . . .

Der Gesetzgeber bedient sich also des Begriffes *Aenderung der Statuten* „, um zu bestimmen, wo die entsprechenden Formvorschriften zur Anwendung kommen sollen. Was jedoch unter den Begriff der Statutenänderung fällt, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Doch läßt sich ohne weiteres aus dem Sinn der Bestimmungen ableiten, daß unter Statutenänderungen nicht nur Aenderungen an bereits bestehenden Statutenbestimmungen zu verstehen sind, sondern alle Maßnahmen, die am bisherigen Status der Gesellschaftssatzung etwas ändern, so auch die Aufnahme neuer oder die Streichung bisheriger Statutenbestimmungen.¹⁾ Das Wort *Statuten*» drückt somit eine Gesamtheit von Bestimmungen aus, welche eine Veränderung erfährt, wenn eine Bestimmung anders gefaßt, gestrichen oder eine neue hinzugefügt wird. So betrachtet, erscheint der Begriff *Statutenänderung*» als unmißverständlich und klar.

Noch nicht beantwortet ist damit aber die Frage nach dem statutenändernden Beschluß. Wann liegt ein Beschluß vor, der die

¹⁾ Bartlomé, S. 52.

Änderung der Satzung bezweckt oder der eine solche Änderung zur Folge haben muß? Diese Frage kann nicht beantwortet werden mit dem Hinweis auf die besondere Form, in der ein solcher Beschluß gefaßt werden muß. Dies wäre in unserem Fall eine *petitio principii*, da wir die Frage ja gerade deshalb stellen, um über die Anwendung dieser Form entscheiden zu können. Als Kriterien sind daher nur solche brauchbar, die vom Inhalt des Beschlusses abhängen, nicht dagegen solche, die sich auf die Art und Weise der Beschlußfassung beziehen.

So betrachtet, erscheinen als statutenändernd Beschlüsse, die eine Materie beschlagen, die nach dem Willen des Gesetzgebers zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedarf, ferner aber auch solche Beschlüsse, deren Inhalt nach dem Willen der Gesellschaft einen Bestandteil der Statuten bilden soll. Nehmen wir beispielsweise an, die Generalversammlung einer Gesellschaft fasse einen Beschluß, gemäß welchem die Verwaltung am Reingewinn beteiligt wird. Ein solcher Beschluß ist auf Grund der Bestimmung von Art. 627, Ziff. 2 OR als statutenändernd zu qualifizieren, weil diese Ziffer vorschreibt, daß Bestimmungen über die Beteiligung der Verwaltung am Reingewinn zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen. Nehmen wir als zweites Beispiel einen Beschluß, welcher vorschreibt, daß gewisse Fabrikationsrohstoffe immer von demselben Lieferanten zu beziehen seien. In diesem Fall findet sich keine gesetzliche Vorschrift, gemäß welcher dieser Beschluß in die Statuten aufzunehmen wäre. Es bleibt somit der Gesellschaft anheimgestellt, ob sie das tun will oder nicht. Entschließt sie sich dazu, so muß sie diesen Willen irgendwie zum Ausdruck bringen. Hier haben wir somit zu untersuchen, *ob der Wille der Generalversammlung auf eine Statutenänderung gerichtet sei*. Dies läßt sich nun nicht wie im ersten Beispiel anhand des Inhaltes des Beschlusses feststellen, sondern wir müssen auf bestimmte Erklärungen oder Formulierungen abstellen.

Es ist nun aber nicht gesagt, daß ein Beschluß, der gemäß gesetzlicher Vorschrift in die Statuten aufgenommen werden sollte, von der Gesellschaft als ein statutenändernd behandelt wird. Es ist denkbar, daß die Generalversammlung beim Fassen eines solchen Beschlusses nicht im entferntesten an eine Statutenänderung denkt.

Wir können in diesem Fall von einer *stillschweigenden Statutenänderung* sprechen, denn die Generalversammlung hat eine Maßnahme beschlossen, welche von Gesetzes wegen eine Modifizierung der bestehenden Statuten zur Folge hat. Für uns von Bedeutung ist die Tatsache, daß ein solcher Beschluß der besondern, für Statutenänderungen vorgeschriebenen Formen bedarf. Wie also der Beschluß bezeichnet wird, ist unter Umständen gleichgültig; es muß lediglich auf dessen materiellen Inhalt abgestellt werden, um zu entscheiden, ob er eine Aenderung der Satzung enthält.²⁾

§ 2

Freiwillige Statutenänderungen im besondern

Hier interessiert uns vor allem die Frage, ob es auch im Bereich der nicht gesetzlich vorgeschriebenen Statutenänderungen Beschlüsse gibt, die wegen Nichtbeachtung der für Statutenänderungen vorgeschriebenen Formvorschriften ungültig sind. Man sollte meinen, wenn die Gesellschaft freiwillig einen Beschluß in die Statuten aufnimmt, werde sie es nicht versäumen, die nötigen Formalitäten zu erfüllen. Es läßt sich aber denken, daß trotzdem einmal ein Versehen passiert und zum Beispiel die öffentliche Beurkundung des Beschlusses vergessen wird. Kann dann gesagt werden, es handle sich um einen statutenändernden Beschluß, der infolge dieses Formmangels ungültig sei? oder vernichtet dieser Formmangel lediglich die statutenändernde Eigenschaft dieses Beschlusses, während er als gewöhnlicher Generalversammlungsbeschluß Gültigkeit erlangt? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir abklären, wie und wo man erkennen kann, daß nach dem Willen der Gesellschaft der Beschluß statutenändernd sein soll.

I. Der Ort, wo der Wille zur Statutenänderung zum Ausdruck kommt

Drei Orte sind es vor allem, wo sich dieser Wille äußern kann: nämlich im Antrag, in der Traktandenliste oder in der Abstimmungsvorlage. Auf seinem Entstehungswege kann daher ein Gene-

²⁾ Staub-Pinner, § 274, Anm. 2a.

ralversammlungsbeschluß an verschiedenen Orten von verschiedenen Organen zur Statutenbestimmung prädestiniert werden, ohne daß dabei eine Übereinstimmung vorzuliegen braucht. So kann beispielsweise ein Aktionär dem Verwaltungsrat beantragen, eine von ihm vorgeschlagene Bestimmung in die Statuten aufzunehmen, der Verwaltungsrat seinerseits aber in der Traktandenliste nichts von einer Statutenänderung verlauten lassen. Abzuklären ist somit, welcher Instanz die entscheidende Bedeutung beizumessen ist.

Maßgebend ist u. E. nur ein Organ, nämlich die Generalversammlung. Es kommt also darauf an, was diese beschlossen hat, mit andern Worten, welches der genaue Text war, über den sie abgestimmt hat. Der Wille der Generalversammlung wiederum stellt die Summe dessen dar, was die einzelnen Mitglieder gewollt haben. War der Aktionär im Augenblicke der Abstimmung der Ansicht, es handle sich um eine Statutenergänzung, so ist in Tat und Wahrheit eine solche beschlossen worden.

II. Die Art und Weise,

wie der Wille zur Statutenänderung zum Ausdruck kommt

Um entscheiden zu können, ob der Aktionär bei der Stimmabgabe sich bewußt war, daß er eine Statutenergänzung befürwortet, muß untersucht werden, auf Grund welcher Tatsachen er zu diesem Bewußtsein gelangt ist. Es muß also geprüft werden, welche Formulierungen geeignet sind, auf eine Statutenergänzung hinzuweisen. Klar ist die Situation dann, wenn in der Abstimmungsvorlage Wendungen vorkommen wie „Aufnahme eines § x in die Statuten“ oder „Ergänzung der Statuten“ usw. Schwieriger ist es, wenn aus den Umständen geschlossen werden muß, daß eine Statutenänderung beabsichtigt ist. Hier wird im konkreten Fall ein Ermessensentscheid zu fällen sein.

III. Die Bedeutung des Willens zur Statutenänderung

Hat bei der freiwilligen Aufnahme einer Bestimmung in die Statuten das Fehlen der besonderen Formvorschriften die völlige Ungültigkeit des Beschlusses zur Folge oder erlangt dieser unter Umständen als gewöhnlicher Generalversammlungsbeschluß Gültigkeit?

tigkeit? Wenn also z. B. eine Generalversammlung beschließt, einen § x in ihre Statuten aufzunehmen, demzufolge alle Rohstoffe von demselben Lieferanten zu beziehen sind, dabei aber die öffentliche Beurkundung vergessen wird, hat dann der Beschluß trotzdem Gültigkeit, und besteht die einzige Sanktion darin, daß er nicht als Statutenbestimmung betrachtet wird?

Gibt das Gesetz uns auf diese Frage Antwort, oder liegt eine Gesetzeslücke vor, die wir auszufüllen haben?

Als Beispiel nehmen wir die Vorschrift des Art. 647, Abs. 1. Dort wird verlangt, daß über jeden Beschluß der Generalversammlung, der eine Aenderung der Statuten zum Gegenstand hat, eine öffentliche Urkunde zu errichten ist. Wird dieser Vorschrift nicht Folge geleistet, so ist der Beschluß nach Art. 706 mindestens anfechtbar, also ungültig. Daß eine freiwillige Ergänzung der Statuten ebenfalls unter den Begriff der Statutenänderung fällt, haben wir schon weiter oben festgestellt. Der Art. 647, 1 ist somit auch in diesem Falle anzuwenden. Wird nun aber die Vorschrift dieses Artikels nicht beachtet, so ist der Beschluß als Statutenänderung ungültig; der Beschluß kann die Statuten gar nicht ergänzen. Reicht nun der Art. 647, 1 so weit, daß der Beschluß gänzlich ungültig ist? Da die Lösung aus dem Wortlaut nicht unmittelbar hervorgeht, müssen wir nach seinem Zweck fragen und auf diese Weise versuchen, dem Problem beizukommen. Der Zweck der öffentlichen Beurkundung besteht zur Hauptsache in zwei Dingen: einmal soll die Beschlußfassung durch eine objektiv eingestellte Instanz kontrolliert werden, und zweitens soll sie die Wahl einer klaren Formulierung gewährleisten und einen zuverlässigen Beweis schaffen für den Wortlaut des Beschlusses.³⁾ Wenn Art. 647 für alle statutenändernden Beschlüsse die öffentliche Beurkundung verlangt, so deshalb, weil der Gesetzgeber die sichere Feststellung dieser Beschlüsse erreichen wollte. Es sollen nachträglich keine Zweifel über den Wortlaut einer Statutenbestimmung entstehen.

Dieser Zweck, welchen der Gesetzgeber mit der Bestimmung des Art. 647, 1 verfolgt, schließt es nun aber u. E. aus, diese auch auf Beschlüsse auszudehnen, welche gar nicht publiziert werden kön-

³⁾ Siegart, Art. 637, N 2.

nen, da sie eben keine Statutenänderungen sind. Der Hinweis darauf, daß der Beschluß in die Statuten aufgenommen werden wollte, genügt wohl nicht, um eine öffentliche Beurkundung zu verlangen. Es ließe sich allerdings einwenden, aus der Tatsache, daß die Gesellschaft den Beschluß in die Statuten aufnehmen wollte, gehe hervor, daß sie ihm besondere Wichtigkeit beimesse, woraus sich das Erfordernis öffentlicher Beurkundung ableiten ließe. Eine solche Argumentation träfe aber u.E. nicht zu. Erstens läßt die Aufnahme in die Statuten noch nicht auf die Wichtigkeit des Beschlusses schließen: es war der Gesellschaft vielleicht eher um die Publizität zu tun. Sodann aber geht der Zweck der Beurkundung gar nicht dahin, die Gesellschaft auf die besondere Wichtigkeit aufmerksam zu machen und vor Uebereilung zu schützen.⁴⁾ Der Artikel 647, 1 genügt also nicht, um den in Frage stehenden Beschluß ungültig zu erklären.

Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß der Beschluß unter allen Umständen gültig sei. Wir haben lediglich festgestellt, daß Art. 647, 1 nicht zur Anwendung kommt. Es wäre falsch, durch argumentum e contrario auf die Gültigkeit des Beschlusses zu schließen. Da das Problem gar nicht in den Bereich von Art. 647, 1 fällt, kann dieser es weder positiv noch negativ regeln, sondern es liegt eine Lücke im Gesetz vor. Wir müssen uns nämlich fragen, ob durch die bloße Tatsache, daß der Beschluß nicht in die Statuten aufgenommen werden kann, dessen Ungültigkeit herbeigeführt wird, unabhängig davon, welches der formelle Mangel ist, der die Aufnahme verhindert hat. Diese Lücke ist somit nach der Vorschrift von ZGB Art. 2 auszufüllen.

Da kein Gewohnheitsrecht besteht, müssen wir nach der Regel suchen, welche der Gesetzgeber für diesen Fall aufgestellt hätte. Diese wird am ehesten anhand der tragenden Grundsätze im Aktienrecht zu finden sein.

Das Aktienrecht, wie das ganze OR überhaupt, ist auf dem Grundsatz der Privatautonomie aufgebaut. Nun weist aber besonders das Aktienrecht eine verhältnismäßig große Zahl zwingender Vorschriften auf. Der Gesetzgeber bezweckt damit einen Interessen-

⁴⁾ Siegwart, Art. 637, N 2.

schutz der verschiedenen Kreise, welche mit einer A.G. in Berührung kommen. Es sollen vor allem die Gläubiger und sonstige interessierte Drittpersonen vor den Gefahren geschützt werden, die sich aus der besondern Form der Gesellschaft ergeben können. Anonymität und beschränkte Haftung führen leicht zu Mißbräuchen. Aber auch der einzelne Aktionär muß in seinen persönlichen Rechten gegenüber der Gesellschaft, die Minderheit gegen eine Majorisierung durch die Mehrheit geschützt werden. Schließlich bedarf die Gesellschaft selbst eines gewissen Schutzes: Die vom Gesetzgeber vorgesehene Gesellschaftsform soll im Interesse der gesamten Rechtsordnung erhalten bleiben und nicht willkürlich modifiziert werden können. Um diese Ziele zu erreichen, bedarf es der zahlreichen Vorschriften, deren Verletzung die Ungültigkeit einer Rechtshandlung, wie z. B. eines Beschlusses, zur Folge hat.

Wir müssen also untersuchen, ob in unserem Falle durch die Tatsache der Nichteintragung irgend ein schutzwürdiges Interesse verletzt worden ist. Dabei wird in erster Linie an die Aktionäre zu denken sein. Diese waren bei der Abstimmung der Meinung, der Beschluß werde in die Statuten aufgenommen, was in der Folge nicht der Fall war. Dadurch können möglicherweise Interessen verletzt worden sein. Dann ist aber weiter zu fragen, ob diese Verletzung die Ungültigkeit des Beschlusses rechtfertigt, denn auf der andern Seite kann diese Ungültigerklärung ihrerseits Interessen, z. B. der Gesellschaft, verletzen. Wir müssen also diese beidseitigen Interessen gegeneinander abwägen, und dann erst können wir über Gültigkeit oder Ungültigkeit entscheiden. Das Resultat dieser *Interessenabwägung* ist abhängig von den konkreten Umständen. Es soll hier lediglich beispielsweise gezeigt werden, wie wir uns eine solche Situation ungefähr vorzustellen haben.

Es können z. B. Interessen von Aktionären verletzt sein, wenn die Statuten bestimmen, daß jede Satzungsänderung einer qualifizierten Mehrheit bedarf. In diesem Falle könnte ein Beschluß, der nicht in die Statuten aufgenommen wird, leichter wieder beseitigt werden. Eine Minderheit von Aktionären kann aber sehr daran interessiert sein, daß dies nicht möglich ist. Oder es können Aktionäre ein Interesse daran haben, daß ein Beschluß im Innenverhältnis nur dann wirksam wird, wenn er zugleich auch nach außen bekannt-

gemacht werden kann, weil vielleicht dadurch der Kurswert der Aktien günstig beeinflußt wird. Unter Umständen steht dem aber ein Interesse der Gesellschaft gegenüber, daß der Beschluß nicht als ungültig erklärt wird, weil er für die Weiterentwicklung des Unternehmens von Bedeutung ist. Hier muß dann entschieden werden, welches Interesse als maßgebender zu betrachten ist.

Dasselbe, was wir hier nun anhand des Beispiels der öffentlichen Beurkundung bewiesen haben, gilt auch bei mangelnder Ankündigung der beabsichtigten Statutenänderung. Auch von dieser Vorschrift werden nur Beschlüsse erfaßt, welche nachher tatsächlich in die Statuten aufgenommen werden. Es liegt also auch in diesen Fällen eine Gesetzeslücke vor, die nach den erwähnten Grundsätzen auszufüllen ist.

§ 3

Beschlüsse, die in die Statuten aufgenommen werden müssen

Für die Entscheidung der Frage, ob ein solcher Beschluß vorliege, ist dessen Inhalt maßgebend. Dabei interessieren uns vor allem jene Tatbestände, wo trotz der Notwendigkeit der Aufnahme des Beschlusses in die Statuten der Wille der Gesellschaft nicht darauf gerichtet ist.

I. Die Rechtsnormen, welche eine Statutenänderung vorschreiben

Bei den Beschlüssen, die in die Statuten aufgenommen werden müssen, sind zwei Kategorien auseinander zu halten, nämlich die Statutenänderung im engern Sinn, d. h. die Abänderung einer bestehenden Statutenbestimmung, und die Statutenergänzung, d. h. die Aufnahme eines neuen Paragraphen in die Statuten. Daß die Abänderung einer bestehenden Bestimmung der vorgeschriebenen Formalitäten bedarf, versteht sich von selbst. Anders liegt der Fall bei den Statutenergänzungen. Hier finden wir im Gesetz vorgeschrieben, welche Bestimmungen in die Statuten aufgenommen werden müssen, um verbindlich zu sein. So wird in *Art. 626* aufgezählt, was auf jeden Fall in den Statuten enthalten sein muß, während *Art. 627* die Materien nennt, deren Verbindlichkeit von der Auf-

nahme in die Statuten abhängt. Einen besondern Tatbestand regelt der Art. 628.

1. Die Vorschriften des Art. 626 OR

Hier wird angeordnet, was in den Statuten jeder A.G. unbedingt enthalten sein muß. Die in den einzelnen Ziffern angeführten Bestimmungen sind daher von Anfang an in der Satzung enthalten. Es wird sich auf diesen Gebieten also meistens um eigentliche Abänderungen der Statuten handeln, die ohnehin unter die in Abschnitt 3 aufgeführten Tatbestände fallen. Es kann jedoch auch vorkommen, daß Ergänzungen zu diesen Bestimmungen beschlossen werden. Dieser Fall liegt beispielsweise vor, wenn über die Einberufung der Generalversammlung (vgl. Art. 626, Ziff. 4) bestimmt wird, daß sie noch in weitem Zeitungen als den bereits in den Statuten aufgeführten zu veröffentlichen sei. Nun lautet Art. 626 allerdings nur: „Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über . . .“ Daraus könnte abgeleitet werden, daß nicht alle Bestimmungen über diese Materien in den Statuten zu stehen haben. Eine solche Auffassung erweist sich jedoch als unhaltbar, wenn wir uns vergegenwärtigen, welche Konsequenzen dies nach sich ziehen würde. Ließe man es zu, daß von den in Art. 626 aufgeführten Gegenständen nur ein Teil in den Statuten zu finden wäre, während allfällige Ergänzungen als gewöhnliche Generalversammlungsbeschlüsse Bestand haben könnten, so würde dadurch der von dem Artikel verfolgte Zweck illusorisch gemacht. Statt einer klaren und jedermann zugänglichen Regelung dieser vom Gesetzgeber für besonders wichtig erachteten Gegenstände hätten wir ein Durcheinander von Statutenbestimmungen und gewöhnlichen Beschlüssen. Daß eine solche Ordnung nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, braucht nicht länger bewiesen zu werden. Wir können daher sagen, daß sämtliche Beschlüsse, welche die in Art. 626 aufgeführten Gegenstände betreffen, in die Statuten aufgenommen werden müssen. Diese einzelnen Gegenstände abzugrenzen, liegt dagegen nicht im Bereich unserer Aufgabe.

2. Die Vorschriften des Art. 627 OR

Im Gegensatz zu Art. 626 brauchen die in Art. 627 aufgeführten Materien nicht unbedingt in der Satzung geregelt zu sein. Wird da-

gegen von der Gesellschaft über eine solche Bestimmung ein Beschluß gefaßt, so muß dieser in die Statuten aufgenommen werden, ansonst er unverbindlich ist. Es gehören somit sämtliche Beschlüsse, welche die in diesem Artikel aufgeführten Bestimmungen berühren, in die Statuten. Näheres über die Auslegung von Art. 627 siehe Seite 12.

Die Vorschriften des Art. 628 OR

Dieser Artikel stellt im Grunde genommen eine Verbindung der Art. 626 und 627 dar. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist das Vorliegen bestimmter Tatbestände, nämlich einer *Sacheinlage*, der *Uebnahme von Vermögenswerten* oder der *Schaffung von Gründervorteilen*. Ist diese Voraussetzung gegeben, so zeigt der Artikel zwingende Wirkung, d. h. es ist in diesem Falle eine entsprechende Bestimmung in die Statuten aufzunehmen. Die Absicht des Gesetzgebers ging dahin, zu verhindern, daß die Gründer oder ihnen nahestehende Personen für ihre Interessen in ungebührlicher Weise sorgen.⁵⁾ Dieser besondere Zweck, welcher dem Artikel zugrunde liegt, bringt es mit sich, daß sich auch im Zusammenhang mit Statutenänderungen einige spezielle Probleme stellen.

Im Gegensatz zu den meisten andern Statutenbestimmungen können diejenigen über Sacheinlagen unter ganz bestimmten Voraussetzungen ihre Bedeutung verlieren, dann nämlich, wenn sie Sinn und Zweck eingebüßt haben, z. B. wenn die seinerzeit gemachten Einlagen ganz oder fast ganz wertlos geworden sind, oder sich als wertlos erwiesen haben und die Verantwortlichkeit der Gründer daraus erschöpft ist. In diesem Falle verliert selbstverständlich der Art. 628 seine zwingende Wirkung, d. h. die Beseitigung dieser Bestimmungen durch Statutenänderung ist zulässig.⁶⁾ Man kann sich nun fragen, ob auch bei einer solchen Anpassung der Statuten an die tatsächlichen Verhältnisse das für Statutenänderungen vorgeschriebene formelle Verfahren einzuhalten ist.

Diese Frage führt uns auf das Problem, ob eine praktisch bedeutungslos gewordene Statutenbestimmung ohne weiteres gestrichen, d. h. als nicht mehr existent betrachtet werden darf, ob sie

⁵⁾ Siegwart, Art. 628, N 1.

⁶⁾ Siegwart, Art. 628, N 38.

durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß oder ob sie nur auf dem für Statutenänderungen vorgesehenen Wege beseitigt werden kann. Aus dem Gesetz ist nichts zu entnehmen, als daß Beschlüsse, die eine Aenderung der Statuten zum Gegenstand haben, in bestimmter Form zu fassen sind. Nun stellt sich allerdings die Frage, ob unter den Begriff «Aenderung der Statuten» auch jene Tatbestände fallen, wo durch Weglassung einer bedeutungslos gewordenen Bestimmung praktisch gar nichts geändert wird, sondern die Statuten lediglich mit einem bereits bestehenden Zustand in Uebereinstimmung gebracht werden. Aus dem Wortlaut geht nicht ohne weiteres hervor, wie wir den Begriff «Aenderung der Statuten» auszulegen haben. Wir müssen also zu einer andern Auslegungsmethode greifen.

Wollte der Gesetzgeber erreichen, daß schlechthin jede, auch rein formelle Aenderung der Statuten unter diese besonderen Formvorschriften fällt? Dies ist wohl zu bejahen.⁷⁾ Wie wir schon weiter oben festgestellt haben, besteht der Zweck der für Statutenänderungen vorgeschriebenen Formvorschriften hauptsächlich darin, die ordnungsgemäße Beschlußfassung zu kontrollieren, den Wortlaut eines Beschlusses und somit der Statuten überhaupt genau festzustellen und durch die öffentliche Urkunde dem Handelsregisterführer ein sicheres Dokument zu verschaffen.⁸⁾ Dies ist aber auch dann nötig, wenn der Beschluß eine bedeutungslos gewordene Bestimmung betrifft. Der Handelsregisterführer soll klar erkennen können, daß das Beschlossene wirklich dem Willen der Generalversammlung entspricht. Daß diese Kontrolle nötig ist auch bei Beschlüssen, die keine materielle Aenderung zur Folge haben, ergibt sich aus der Tatsache, daß im schweizerischen Recht jede Statutenänderung ausschließlich der Generalversammlung vorbehalten ist, im Gegensatz zum deutschen Recht, wo redaktionelle Aenderungen vom Aufsichtsrat vorgenommen werden können. (Vgl. deutsches Aktiengesetz, § 145, 1.) Der schweizerische Gesetzgeber hat somit keinen Unterschied gemacht in der Behandlung wesentlicher und unwesentlicher Aenderungen, obwohl er ja die deutsche Regelung kannte. Unter diesen Umständen kann aber nicht angenommen

7) Vgl. Horowitz, S. 396.

8) Siegwart, Art. 637, N 2.

werden, es liege im Willen des Gesetzgebers, daß bedeutungslos geordnete Bestimmungen formfrei abgeändert werden können.⁹⁾

4. Weitere Rechtsquellen

a) Ergänzung des Gesetzes

Auf der Suche nach den Rechtsquellen, welche zwingende Statutenänderungen vorschreiben, dürfen wir nicht bei den oben erwähnten gesetzlichen Vorschriften stehen bleiben.

Eine erste Frage geht dahin, ob die Aufzählung in Art. 627 überhaupt eine abschließende sei. Siegwart verneint das. Er begründet seine Ansicht mit dem Beispiel der Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln, für die das kantonale Prozeßrecht maßgebend sei.¹⁰⁾

Grundsätzlich gilt zwar die Regel: Bundesrecht bricht kantonales Recht, so daß nicht ohne weiteres die Ergänzung einer bundesrechtlichen Bestimmung durch eine kantonale angenommen werden darf. Ist jedoch die Regelung eines ganzen Rechtsgebietes, wie z. B. des Prozeßrechtes, ausdrücklich den Kantonen überlassen, so kann selbstverständlich nichts eingewendet werden, wenn das materielle eidgenössische Recht durch kantonale Prozeßnormen ergänzt wird.

Das heißt nun allerdings nicht, daß der Bundesgesetzgeber den Art. 627 nicht abschließend regeln wollte. Aus dem Wortlaut können wir nirgends entnehmen, daß die Aufzählung nur eine beispielsweise sein soll. Selbstverständlich konnte aber der Bundesgesetzgeber nur insoweit abschließend regeln, als ihm überhaupt die Gesetzgebungskompetenz zustand. In diesem Rahmen hat er es aber wohl getan.

b) Statutarische Bestimmungen

Ähnlich wie das Gesetz, so können auch die Statuten vorsehen, daß Bestimmungen über gewisse Materien zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Satzung bedürfen. Wird dann entgegen einer solchen Vorschrift ein entsprechender Beschluß nicht darin aufgenommen, so ist er ungültig, da eine Verletzung der Statuten vorliegt.¹¹⁾

⁹⁾ Siegwart, Art. 626, N 7.

¹⁰⁾ Siegwart, Art. 627, N 1 und N 17.

¹¹⁾ Siegwart, Einl. N 295.

c) Ungeschriebenes Recht

Schließlich ließe sich denken, daß auch aus ungeschriebenem Recht eine Verpflichtung entspringt, gewisse Beschlüsse in die Statuten einzutragen. So wäre z. B. die Bildung von diesbezüglichen Uebungen möglich.¹²⁾

Sodann könnte man sich fragen, ob nicht die bestehenden Statuten in dem Sinne verpflichtend wirken, daß Ergänzungen einer Bestimmung, welche dieser nicht subordiniert, sondern koordiniert sind, ebenfalls in die Statuten gehören. Zweifellos wäre es wünschenswert, Beschlüsse von gleicher Wichtigkeit, die innerlich zusammengehören, am gleichen Ort zu finden. (Vgl. Seite 9.) Es läge vor allem auch im Interesse der Außenstehenden, daß von einer Regelung nicht bloß ein Teil in den Statuten zu finden ist. Eine andere Regelung ergäbe leicht ein fehlerhaftes Bild und könnte unter Umständen dazu dienen, Irrtümer hervorzurufen oder gewisse Dinge zu vertuschen. Trotzdem darf aber u. E. bei der heutigen gesetzlichen Regelung eine solche Verpflichtung nicht angenommen werden. Auch hier müssen wir davon ausgehen, daß der Gesetzgeber vorgeschrieben hat, welche besonders wesentlichen Tatbestände in die Statuten aufzunehmen seien. Alles übrige hat er dagegen nicht für so wesentlich erachtet, daß darüber Vorschriften erlassen werden müßten. Dies bedeutet, daß die Gesellschaft frei entscheiden kann, was und wieviel von ihren sonstigen Beschlüssen sie in die Statuten oder in die Reglemente aufnehmen will.

II. Beschlüsse, welche einer bestehenden Statutenbestimmung widersprechen

1. Allgemeines

So wie in der Hierarchie der staatlichen Rechtsnormen an oberster Stelle die Verfassung steht, so finden wir bei den privatrechtlichen Körperschaften zuoberst deren Satzung. Die Bestimmungen der Satzung gehen daher allen übrigen körperschaftlichen Normen vor. Beschlüsse, welche mit den Statuten in Widerspruch stehen, können keine Gültigkeit erlangen, solange die betreffende Statuten-

¹²⁾ Zum Begriff der Uebung siehe unten S. 35 ff.

bestimmung nicht abgeändert ist.¹³⁾ Will daher eine Gesellschaft entgegen einer bestehenden statutarischen Bestimmung einen Beschluß fassen, so kann sie dies nur tun, indem sie ihn in die Statuten aufnimmt, womit gleichzeitig die entgegenstehende ältere Bestimmung aufgehoben wird. Die Aufnahme eines Beschlusses in die Statuten bedarf aber der besonderen Formen. Dieses Erfordernis besteht kraft zwingenden Rechtes und kann nicht etwa durch eine Statutenbestimmung ausgeschaltet werden.¹⁴⁾

Die Feststellung, ob ein Beschluß mit den Statuten in Widerspruch steht, ist unter Umständen gar nicht einfach zu treffen. Es kann z. B. fraglich sein, was als statutarische Bestimmung oder was als Widerspruch aufgefaßt werden muß.

2. Der Begriff der statutarischen Bestimmung

Dank den vom Gesetz vorgeschriebenen Formerfordernissen, insbesondere dank der öffentlichen Beurkundung und dem Eintrag ins Handelsregister, lassen sich die geltenden Statutenbestimmungen einer Gesellschaft verhältnismäßig einfach und sicher ermitteln. Immerhin sind Fälle denkbar, wo es nicht ohne weiteres klar ist, ob bereits eine gültige Statutenbestimmung vorliegt oder nicht, so z. B., wenn der Beschluß zwar gefaßt, jedoch beim Handelsregister noch nicht angemeldet worden ist, oder wenn wir in den Statuten zwei sich offensichtlich widersprechende Bestimmungen finden.

Als erstes ist zu untersuchen, in welchem Augenblick eine Statutenbestimmung ins Leben tritt, d. h. von welchem Moment an es einer Statutenänderung bedarf, um sie wieder außer Kraft zu setzen. Liegt eine Statutenbestimmung erst vor, wenn der Generalversammlungsbeschluß in das Handelsregister eingetragen ist oder schon vorher? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir abklären, welche Wirkung der Handelsregistereintrag für den Beschluß hat. Das Gesetz sagt in Art. 647, Abs. 2 und 3 lediglich, daß der Beschluß von der Verwaltung beim Handelsregisteramt anzumelden sei und daß er auch Dritten gegenüber unmittelbar mit der Eintragung ins Handelsregister wirksam werde. Es läßt sich darüber streiten, ob der Handelsregistereintrag als Voraussetzung der Gültigkeit oder

¹³⁾ Vgl. Makower, § 274, I c 2.

¹⁴⁾ Vgl. Siegwart, Art. 626, N 7; BGE 31, II, 679; VAargR 6, 55.

bloß der Wirksamkeit anzusehen sei. Wir werden am Schlusse unserer Arbeit noch auf dieses Problem zu sprechen kommen (vgl. Seite 82 ff.). Hier wollen wir nur das Wesentlichste vorwegnehmen.

Bei der Entstehung eines statutenändernden Beschlusses stellt der Handelsregistereintrag in der Reihe von Rechtsakten, welche zur vollen Gültigkeit und Wirksamkeit der Statutenänderung notwendig sind, den letzten dar. Es läßt sich aber nicht sagen, daß vor dem Eintrag im Handelsregister überhaupt nichts vorhanden sei. Ein Beschluß liegt vor, nur fehlt ihm noch das letzte Element zur vollen Gültigkeit und Wirksamkeit. Wir können daher insofern von einer bedingten Gültigkeit sprechen. Eine solche müssen wir auch annehmen, wenn wir mit der modernen Praxis in Einklang stehen wollen, welche annimmt, daß ein statutenändernder Beschluß schon vor dem Eintrag im Handelsregister im Innenverhältnis Wirkungen zeitigt.¹⁵⁾ Will die Gesellschaft nun vor dem Eintrag im Handelsregister den Beschluß wieder rückgängig machen, so kann das nur durch *contrarius actus* geschehen, d. h. es bedarf eines erneuten statutenändernden Beschlusses. Dieses Resultat scheint auch insofern vernünftig zu sein, als es systemwidrig wäre, wenn der Verwaltungsrat die Möglichkeit hätte, über den Zeitpunkt der Entstehung einer Statutenbestimmung zu entscheiden. Das wäre aber der Fall, wenn wir annähmen, daß vor dem Handelsregistereintrag überhaupt nichts vorhanden sei. Durch Verzögerung der Anmeldung des Beschlusses beim Handelsregister hätte es der Verwaltungsrat in der Hand, die Entstehung des Beschlusses hinauszuschieben und auf diese Weise einen Einfluß auszuüben, der seine Kompetenzen überschreitet. Die Funktionen des Verwaltungsrates bei der Schaffung einer Statutenänderung sind viel mehr administrativer Natur.

Als zweites bleibt uns das Problem des Widerspruches zweier bestehender Statutenbestimmungen zu lösen. Sind in einem solchen Falle beide gültig oder nur eine und eventuell welche? Eine ins Detail gehende Lösung dieser Frage ist nicht möglich, da nach den Besonderheiten des einzelnen Falles entschieden werden muß. Als Richtlinie kann jedoch der Grundsatz genommen werden, daß in allen diesen Fällen untersucht werden muß, welches der Wille der

¹⁵⁾ Vgl. Siegart, Art. 647, N 12; BGE 60, I, 385; SchwAG VII, 46.

Gesellschaft war. Dabei sind zwei Möglichkeiten auseinander zu halten: entweder wurden die Beschlüsse gleichzeitig oder dann zeitlich gestaffelt gefaßt. Im letzten Fall wird in der Regel der spätere Beschluß als maßgebend zu betrachten sein. Dies darum, weil die Gesellschaft gar keinen Beschluß gefaßt hätte, wenn sie nicht willens gewesen wäre, die frühere Regelung abzuändern. Besondere Umstände können aber auch hier zu Ausnahmen führen. Sind dagegen die fraglichen Bestimmungen gleichzeitig beschlossen worden, so ist anhand allgemeiner Auslegungsregeln zu prüfen, welches im Zeitpunkt der Beschlußfassung der tatsächliche Wille der Gesellschaft war. Von den konkreten Verhältnissen wird es abhängen, ob diese Untersuchungen rasch zu einem Resultat führen, oder ob sich der tatsächliche Wille überhaupt nicht mehr eruieren läßt.

3. Die Widersprüchlichkeit zweier Statutenbestimmungen

a) Allgemeines

Die Frage, ob ein Widerspruch zweier Bestimmungen vorliege, wird in den meisten Fällen keine besondern Schwierigkeiten bereiten. Grobe Widersprüche sind ohne weiteres erkennbar. Heikler wird die Situation dann, wenn sich zwei Bestimmungen sozusagen nur am Rande berühren, d. h., wenn sie sich nicht in ihren Hauptbestandteilen widersprechen, sondern nur auf einem für sie nebensächlichen Gebiet aufeinander stoßen. Dann wird es oft nicht leicht sein, überhaupt festzustellen, ob ein Widerspruch vorliegt. In diesen Fällen müssen die Geltungsbereiche der beiden Bestimmungen möglichst genau abgegrenzt werden, und dann ist zu prüfen, ob sie sich irgendwo überschneiden. Ist dies der Fall, so liegt ein Widerspruch der beiden Bestimmungen vor.

b) Die rechtliche Relevanz des Widerspruches

Da es Widersprüche verschiedener Intensität gibt, stellt sich die Frage, ob jeder, auch der kleinste Widerspruch mit einer Statutenbestimmung die Ungültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses zur Folge haben könne. Zweifellos ist es nicht zu begrüßen, wenn in einem solchen Falle ein Beschluß von einem Aktionär mit Hilfe der Anfechtungsklage beseitigt werden kann, nur weil ein unwesentlicher Nebenpunkt nicht mit den Statuten in Einklang zu bringen

ist. Dies wäre um so bedenklicher, als gerade derart unwesentliche Kollisionen häufig bei der Beschlußfassung nicht bemerkt werden. Wir müssen daher prüfen, ob hier nicht eine Einschränkung vorgenommen werden kann. Das Gesetz bietet uns unmittelbar keine Handhabe dazu. Es liegt jedoch der Gedanke nahe, analog zu Art. 20. Abs. 2 OR vorzugehen, d. h. nur dann einen Beschluß in seiner Gesamtheit für ungültig zu erklären, wenn er ohne den ungültigen Teil nicht gefaßt worden wäre. Einem solchen Vorgehen stellen sich jedoch praktische Schwierigkeiten in den Weg. Wir dürfen nicht vergessen, daß ein Generalversammlungsbeschluß in einer ganz bestimmten Fassung angenommen worden ist. Wird nun nachträglich ein Teil des Beschlusses, weil mit den Statuten in Widerspruch stehend, als ungültig erklärt, so müßte notgedrungen der Wortlaut dieses Beschlusses abgeändert werden. Zur Festsetzung des neuen Wortlautes ist aber auf die Meinung der Generalversammlung Rücksicht zu nehmen, denn es könnte einer Gesellschaft nicht zugemutet werden, daß z. B. ein Gericht den Wortlaut einer Bestimmung festsetzt, die nachher für die Gesellschaft verbindlich ist. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als eine zweite Generalversammlung einzuberufen, welche über den abgeänderten Wortlaut Beschluß zu fassen hat. In diesem Falle spielt es aber praktisch keine Rolle mehr, ob der Beschluß von Anfang an ganz oder nur teilweise ungültig erklärt worden ist. Dabei bliebe erst noch fraglich, ob ein solcher Analogieschluß überhaupt zulässig wäre.

Ein anderer und wohl aussichtsreicherer Weg, um einer Anfechtungsklage zu begegnen, besteht u. E. darin, daß eine solche Klage wegen Rechtsmißbrauch zurückgewiesen wird. Dies wird dann möglich sein, wenn ein Aktionär klagt, trotzdem der Widerspruch der Bestimmungen praktisch gar keine Rolle spielt. In einem solchen Falle wird es leicht sein, nachzuweisen, daß die Anfechtungsklage lediglich eine Schikane darstellt und daher unter Art. 2 ZGB subsumiert werden kann. Aus dieser Tatsache können wir ableiten, daß die rechtliche Relevanz eines Widerspruches nicht unbegrenzt ist. Zwar finden wir einen solchen Satz nirgends im Gesetz. Wenn wir aber das Gesetz in einem weiteren Sinn auslegen, müssen wir zu diesem Resultat gelangen. Wir können nicht auf der einen Seite die Anfechtung eines Beschlusses als rechtsmißbräuchlich betrachten und

auf der andern Seite diesen gleichen Beschluß trotzdem als ungültig ansehen. Wir stünden sonst vor der Situation, daß es eine lediglich theoretische Ungültigkeit gibt, die sich praktisch nie durchsetzen kann. Solche Begriffe sind aber u. E. tunlichst zu vermeiden. Ein Recht, das sich nicht durchsetzen läßt, ist in Wirklichkeit kein Recht.¹⁶⁾ Ebenso können wir wohl sagen, daß ein Begriff, der die ihm innewohnenden Eigenschaften nicht zur Geltung bringen kann, praktisch nicht existiert. Deshalb sehen wir die Grenze des Begriffes

Widerspruch in unserem Falle dort, wo dieser Begriff praktisch noch Folgen zeitigt, d. h. zur Ungültigkeit eines Beschlusses führt. Maßgebend für diese Grenze ist dabei der Bereich des Art. 2 ZGB.

Ein Widerspruch, der die Ungültigkeit eines Beschlusses zur Folge hat, liegt daher vor, wenn die Geltungsbereiche zweier Bestimmungen sich überschneiden und die Anfechtung dieser Tatsache nicht als Rechtsmißbrauch gewertet werden kann.

¹⁶⁾ Vgl. Burckhardt, Einführung, S. 127.

II. TEIL

Die formellen Voraussetzungen der statutenändernden Beschlüsse

1. Abschnitt

Begriff und Rechtsquellen

§ 4

Der Unterschied zwischen materiellen und formellen Voraussetzungen

I. Formelles und materielles Recht im allgemeinen

Es kann natürlich nicht unsere Aufgabe sein, hier näher auf das Verhältnis zwischen formellem und materiellem Recht einzutreten. Das ginge weit über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Vielmehr haben wir dieser Frage lediglich insoweit Beachtung zu schenken, als dies für unsere Zwecke nötig ist.

Wenn im folgenden die formellen Voraussetzungen statutenändernder Beschlüsse behandelt werden sollen, so bedarf es vorerst einer Abgrenzung gegenüber denjenigen materieller Natur. Erst wenn wir wissen, was alles unter den Begriff der formellen Voraussetzung fällt, können wir zu einer näheren Betrachtung dieser Normen übergehen. Dazu ist aber eine kurze Gegenüberstellung der grundlegenden Wesenszüge von formellem und materiellem Recht nötig.

Eine knappe Darstellung der wesentlichsten Unterschiede gibt Burckhardt in seiner «Einführung in die Rechtswissenschaft». Danach schreiben die materiellen oder Verhaltensnormen den Rechtsgenossen vor, wie sie sich verhalten, was sie tun und lassen sollen, während die formellen oder organisatorischen Normen bestimmen,

wie, d. h. durch wen und in welchem Verfahren diese Regeln des Verhaltens gesetzt, angewendet und durchgesetzt werden. Die ersten geben den Inhalt des Rechts, das rechtsgeforderte Verhalten: die zweiten entscheiden über seine Gültigkeit. Was nicht gemäß den formellen Normen gesetzt, angewendet und durchgesetzt (vollstreckt) wird, ist nicht gültig.»¹⁾)

Es liegt nun in der Natur der Sache, daß es leichter ist, den Begriff der formellen Norm zu umschreiben und alles übrige dem materiellen Rechte zuzuzählen als umgekehrt. Die formellen Normen weisen nämlich eine ganz spezifische Eigenschaft auf: sie treten nur dort in Funktion, wo das Recht in Bewegung ist, d. h. wo eine Norm oder ein Rechtsverhältnis entsteht, untergeht oder abgeändert wird, und sie bestimmen lediglich, wie das zu geschehen habe, nicht etwa, ob diese Aenderung des Rechtszustandes überhaupt vorgenommen werden dürfe, oder welcher neue Zustand damit zu erreichen sei. Die formelle Norm knüpft an ein vorhandenes materielles Ereignis an und bestimmt dann, wie es sich abzuspielen habe.

Wesentlich für die Entscheidung, ob eine Norm formelles oder materielles Recht darstelle, ist somit ihre *Funktion*. Es ist daher denkbar, daß ein und derselbe Rechtssatz sowohl materielles als auch formelles Recht enthält. So lautet z. B. Art. 698 OR: Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre.

Ihr stehen folgende unübertragbare Befugnisse zu:

1. «die Festsetzung und Aenderung der Statuten . . .»

Je nach der in Frage stehenden Handlung zeigt diese Vorschrift formelle oder materielle Funktion. Materiell, d. h. als Verhaltensnorm, tritt sie in Erscheinung, wenn beispielsweise die Generalversammlung ihre Befugnisse dem Verwaltungsrat übertragen wollte. Sie kann das dieser Vorschrift zufolge überhaupt nicht tun. Formelle Funktion dagegen zeigt die Bestimmung, wenn die Statuten geändert werden sollen. Diese Aenderung kann nur erfolgen, falls sie von der Generalversammlung beschlossen wird.

Dieses Beispiel zeigt uns, wie verzwickelt die Situation werden kann, wenn wir versuchen, eine gesetzliche Vorschrift als materielles

¹⁾ Vgl. Bueckhardt, Einführung, S. 137.

oder formelles Recht zu charakterisieren. Eine saubere Trennung erhalten wir nur, wenn wir die Funktion betrachten, welche die Norm im konkreten Fall ausübt.

Ein Rechtssatz tritt funktionell nur dann als formelle Vorschrift in Erscheinung, wenn er diese Funktion selber *a k t i v* ausübt. Ist er dagegen selbst Gegenstand einer Aenderung, so wird meistens eine andere Norm die formelle Funktion ausüben. Die Abänderung eines Prozeßgesetzes z. B. wird nach staatsrechtlichen Vorschriften erfolgen. In besonderen Fällen können Formvorschriften aktiver und passiver Teil zugleich sein, so bei der Abänderung von Revisionsbestimmungen einer Verfassung oder von Statutenbestimmungen, welche das Vorgehen bei einer Statutenänderung regeln.

Die Frage, wann eine formelle Vorschrift anzuwenden sei, entscheidet sich immer auf Grund eines bestimmten Tatbestandes. Das materielle Moment ist somit maßgebend für das Wirksamwerden der Formvorschrift. Bevor diese angewendet werden kann, muß entschieden werden, ob jener Tatbestand vorliegt, bei welchem sie angewendet sein will. *Es geht daher immer ein Entscheid materiel-
ler Natur der Anwendung einer Formvorschrift voraus.*

II. Formelle und materielle Voraussetzungen bei der Statutenänderung

1. Die formellen Voraussetzungen

Eine Statutenänderung bedeutet immer Entstehung, Untergang oder Aenderung einer Rechtsnorm. Diese Vorgänge haben sich nun in einer ganz bestimmten Art und Weise zu vollziehen. Wie wir gesehen haben, ist es das formelle Recht, welches bestimmt, wie die Statutenänderung vor sich zu gehen habe. Bei diesem Vorgang stellt die abzuändernde Bestimmung den passiven Teil dar, während die Verfahrensvorschriften aktiv in das Geschehen eingreifen, d. h. sie bestimmen, was alles vorzukehren ist und welches die Folgen sind, falls diese Vorkehrungen unterlassen werden.

Unter formellen Voraussetzungen verstehen wir somit die *Be-
folgung der Rechtsnormen, welche das Verfahren bei der Statuten-
änderung regeln.*

2. Die materiellen Voraussetzungen

Die Gültigkeit einer Statutenänderung hängt nicht nur von der Einhaltung bestimmter Verfahrensvorschriften ab; vielmehr werden auch an den Inhalt der betreffenden Bestimmung selber gewisse Anforderungen gestellt. Es kann nicht schlechthin alles in die Statuten aufgenommen werden. Im Gegensatz zu den formellen Voraussetzungen geht es aber bei den materiellen nicht um ein *Wie*, sondern um ein *Was*. Die materiellen Vorschriften entscheiden, ob eine Bestimmung überhaupt geeignet sei, in die Statuten aufgenommen zu werden. Sie schreiben also nicht vor, wie eine Aenderung zu erfolgen habe, sondern bestimmen, ob sie überhaupt erfolgen dürfe.

Es ist nicht unsere Aufgabe, diese materiellen Voraussetzungen näher zu betrachten. Immerhin mögen einige Hinweise auf die wichtigsten Probleme dieses Gebietes den Begriff verständlicher machen.

a) Eine Statutenbestimmung ist ungültig, wenn sie gegen öffentlich-rechtliche oder zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt.²⁾ Dasselbe gilt auch für Beschlüsse der Generalversammlung, die nicht in die Statuten aufgenommen werden.

In Frage kommen hier vor allem *Verletzungen wohlervorbener Rechte*.³⁾ So hat besonders die Verletzung des Rechtes auf Dividende das Bundesgericht wiederholt beschäftigt. Der Grund mag darin liegen, daß gerade in diesem Punkt die gegensätzlichen Interessen zwischen den Aktionären einerseits und dem Unternehmen andererseits besonders stark in Erscheinung treten. Zwar handelt es sich in der Regel bei der Festsetzung der Dividende nicht um Statutenänderungen. Das Gebiet ist aber besonders dazu angetan, die Problematik aufzuzeigen, welche bei der Frage nach der materiellen Gültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses und somit auch einer Statutenänderung auftauchen kann. Wirtschaftliche Notwendigkeiten und Zeitströmungen üben in gewissen Belangen einen starken Einfluß aus auf die Rechtsprechung, besonders dort, wo die im Aktienrecht herrschenden Interessengegensätze berührt werden. Es

²⁾ Staub-Pinner, § 274, Anm. 9. — Siegwart, Art. 647, N 5. — Zehnder, S. 173.

³⁾ Staub-Pinner, § 274, Anm. 10. — Ueber den Begriff der wohlervorbenen Rechte vgl. Weiß in SJZ, S. 513 ff.

waren vor allem die wirtschaftlich labilen Zustände, der rasche Wechsel zwischen Krise und Konjunktur, welche die Notwendigkeit weitsichtiger Dispositionen, größerer Kapitalreserven usw. mit sich brachten. Dies mag dazu geführt haben, daß das Recht auf Dividende eingeschränkt wurde zugunsten des sicheren Fortbestehens der Gesellschaft in wirtschaftlich schlechteren Zeiten. So hat das Bundesgericht entschieden, daß keine Pflicht zur Ausrichtung von Dividenden bestehe, wenn die Anlage von Reservefonds als geboten erscheine⁴⁾, ebenso, daß angemessene Abschreibungen vor dem Dividendenbezugsrecht der Aktionäre den Vorrang haben.⁵⁾ Eine Verletzung des Dividendenanspruchs liegt ferner nur vor bei willkürlicher Handhabung der Bilanzierungsgrundsätze.⁶⁾ Aber auch das zunehmende Sozialempfinden spielt in gewissen Fällen eine Rolle. So wurde entschieden, daß die Ausrichtung lebenslänglicher Renten an frühere Angestellte nicht unbedingt eine Verletzung des Dividendenanspruches darstelle, sondern als Erfüllung einer sittlichen Pflicht betrachtet werden könne.⁷⁾

Diese Beispiele aus dem Gebiet des Dividendenbezugsrechtes mögen uns einen Begriff geben von den Schwierigkeiten bei der Beurteilung der materiell-rechtlichen Gültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses. Auf die große Zahl von Verletzungen anderer zwingender Vorschriften wollen wir hier nicht eintreten. Es sei lediglich noch gesagt, daß nicht nur der Aufnahme neuer, sondern auch der Streichung bestehender Statutenbestimmungen unter Umständen zwingende Gesetzesvorschriften entgegenstehen. So darf selbstverständlich der in Art. 626 vorgeschriebene Statuteninhalt nicht nachträglich wieder entfernt werden. Ebenso dürfen Bestimmungen betreffend Sachübernahmen usw. (vgl. Art. 628 OR) bei einer Statutenrevision nicht weggelassen werden, bevor sie ihren Schutzzweck verloren haben.⁸⁾

⁴⁾ Pra, Bd. 17, S. 51.

⁵⁾ BGE 72, II, 293 ff. und Pra, Bd. 35, S. 170.

⁶⁾ BGE 71, II, 293 ff.

⁷⁾ SchwAG, Bd. 5, S. 170.

⁸⁾ Pra, Bd. 32, S. 16.

b) Doch nicht nur das geschriebene Recht schränkt die körperschaftliche Rechtssetzung ein. Auch ein Verstoß gegen ungeschriebene Grundsätze kann die Ungültigkeit einer Statutenbestimmung zur Folge haben.

So dürfen auf statutarischem Wege nicht die *wesentlichen Merkmale* einer A.G. beseitigt werden.⁹⁾ Es darf auch kein *Verstoß gegen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz* vorliegen¹⁰⁾ oder gegen einen *ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts*.¹¹⁾ Auch die *Umgehung zwingender Vorschriften* kann als Widerrechtlichkeit in einem weiteren Sinne betrachtet werden und ist als solche unzulässig.¹²⁾

c) Schließlich ist denkbar, daß eine Statutenbestimmung einem Vertrag widerspricht, den die A.G. mit einem Dritten abgeschlossen hat. Dadurch wird aber nicht die *Gültigkeit* dieser Bestimmung, sondern lediglich die *Wirksamkeit* berührt. Die Gesellschaft kann natürlich nicht über die Rechte Dritter verfügen¹³⁾; andererseits haben aber diese Dritten auch keinen Anspruch, auf die internen Gesellschaftsangelegenheiten Einfluß zu nehmen. Es bleibt der Gesellschaft völlig freigestellt, im Rahmen ihrer Kompetenz den Inhalt ihrer Statuten zu bestimmen; keine Drittperson besitzt das Recht, einen Beschluß der Gesellschaft anzufechten, weil er einer vertraglichen Abmachung widerspreche. Die Gesellschaft bleibt aber ihrerseits an den rechtsgültig abgeschlossenen Vertrag gebunden, unbeschauen, ob die Generalversammlung etwas dem Vertrag Entgegenstehendes beschlossen hat. Im internen Verhältnis kann der Beschluß aber trotzdem Wirkungen zeitigen und z. B. für die Verwaltung die verbindliche Anweisung bedeuten, anstelle der Vertragserfüllung Schadenersatz zu leisten.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß natürlich auch die A.G. nicht unbeschränkt verpflichtungsfähig ist, sondern sich gewisser Rechte überhaupt nicht entäußern kann. Unmöglich

⁹⁾ Staub-Pinner, § 274, Anm. 9; RGZ 6, 120 und 17, 17; Zehnder, S. 173.

¹⁰⁾ Siegwart, Art. 647, N. 5; Ensslin, S. 62.

¹¹⁾ Pra, Bd. 32, S. 150: Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre.

¹²⁾ Siegwart, Einl. N 35—54: Umgehung zwingender Vorschriften bei der Mantelverwertung.

¹³⁾ Jacusiel, S. 33.

wäre z. B. ein *Verzicht auf das freie Wahlrecht*.¹⁴⁾ Solche Verträge sind unverbindlich und fallen daher überhaupt nicht in Betracht.

Diese kurzen Hinweise auf die Schranken materieller Natur können selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Es sollte damit lediglich gezeigt werden, nach welchen Richtungen solche Schranken bestehen und wie problematisch sich oftmals ihre genaue Fixierung erweist.

3. Der Unterschied zwischen materiellen und formellen Voraussetzungen

Wir können anknüpfen an unsere allgemeinen Betrachtungen über materielles und formelles Recht. Dabei interessiert uns hier vor allem, wo von einer Ungültigkeit aus materiellen und wo von einer solchen aus formellen Gründen gesprochen werden kann. Das Resultat dieser Untersuchung wird begleitend sein für den Umfang und die Grenzen unserer Arbeit.

Von *materieller Ungültigkeit* sprechen wir, wenn der *Inhalt* einer Statutenbestimmung einer gesetzlichen Norm widerspricht. Die bloße Tatsache, daß eine Statutenänderung in diesem oder jenem Sinne beschlossen worden ist, genügt, um auf Grund der betreffenden materiellen Vorschrift diese Änderung als ungültig zu erklären. So ist z. B. eine Statutenbestimmung, welche wohlerworbene Rechte der Aktionäre beseitigt, auf Grund von Art. 646 ungültig.

Im Gegensatz dazu zeigt die *formelle Norm* nicht diese unmittelbare Wirkung. Nur auf Grund des Inhaltes einer geplanten Statutenbestimmung kann die Formvorschrift nicht die Ungültigkeit dieser Bestimmung bewirken. Es muß vielmehr noch ein weiteres Moment dazu kommen, nämlich das Nicht-Befolgen des von der Formvorschrift geforderten Vorgehens. Für die Wirkung der formellen Norm sind somit zwei Tatbestände erforderlich: Einmal die Tatsache, welche die Anwendung der Formvorschrift bedingt und sodann der Tatbestand der Erfüllung oder Nicht-Erfüllung der Formvorschrift. Konkret gesehen, ergibt sich beispielsweise folgendes Bild: Die Tat-

¹⁴⁾ BGE 59, II, 264 ff. In diesem Falle war eine vertragliche Abmachung in die Statuten aufgenommen worden, gemäß welcher bestimmte politische Gemeinden ein Anrecht auf Vertretung im Verwaltungsrat haben sollten. Das Bundesgericht hat grundsätzlich eine solche Bestimmung als unzulässig erklärt, im konkreten Fall aber die besonderen Bestimmungen für Eisenbahn-Aktiengesellschaften zur Anwendung gebracht.

sache, daß ein statutenändernder Beschluß vorliegt, erfordert, daß dieser gemäß Art. 647 OR öffentlich beurkundet werde. Wird diese öffentliche Beurkundung unterlassen, so hat diese zweite Tatsache die Ungültigkeit der Aenderung zur Folge. Oder wenn die Generalversammlung beschließt, den Gesellschaftszweck umzuwandeln, so ist infolge dieser Tatsache der Art. 648 anzuwenden, d. h. der Beschluß muß mindestens zwei Drittel des gesamten Grundkapitals auf sich vereinigen. Wird dieser zweite Tatbestand nicht erfüllt, so ist der Beschluß ungültig.

In einer Arbeit über formelle Voraussetzungen von Statutenänderungen wären somit grundsätzlich zwei Kategorien von Tatbeständen zu untersuchen: Einmal jene, welche die Voraussetzung bilden zur Anwendung der Formvorschriften, wie z. B. die in den Art. 648 und 649 OR aufgezählten; erst nach dieser Abgrenzung der materiellen Grundlagen wäre dann überzugehen zu den eigentlichen Formvorschriften, d. h. zu den Tatbeständen, die sich bei ihrer Anwendung ergeben.

Im ersten Teil unserer Arbeit haben wir abzuklären versucht, wann ein statutenändernder Beschluß vorliegt, d. h. wir haben untersucht, in welchen Fällen die allgemeinen für Statutenänderungen vorgesehenen Formvorschriften anzuwenden seien. Neben der gewöhnlichen Statutenänderung gibt es noch qualifizierte Tatbestände, für die besondere Formvorschriften bestehen. Wir finden solche in den Artikeln 648, 649, 650, 655 und 658. Konsequenterweise müßte auch in diesen Fällen eine materielle Präzisierung vorgenommen werden, bevor man an die Betrachtung der eigentlichen Formvorschriften herantritt. Doch davon haben wir abgesehen. Dies deshalb, weil es bei diesen qualifizierten Tatbeständen oft außerordentlich schwierig ist, die materiellen Abgrenzungen zu treffen. Wir brauchen uns nur vor Augen zu halten, wie heikel es in gewissen Fällen ist, die Unterscheidung zwischen der Umwandlung des Gesellschaftszweckes (Art. 648, Abs. 1) und der Erweiterung des Geschäftsbereiches zu treffen, oder den Tatbestand der Fusion nach allen Seiten abzugrenzen.¹⁵⁾ Wollten wir näher auf diese Dinge ein-

¹⁵⁾ Vgl. dazu die Arbeit von E. Irminger über „Die fusionsähnliche Vermögensübertragung bei Aktiengesellschaften“, Diss. Zürich 1952.

gehen, so würde das unverhältnismäßig viel Platz beanspruchen. Da wir uns hauptsächlich mit Formvorschriften beschäftigen, soll die materielle Ausscheidung dieser qualifizierten Tatbestände nicht weiter verfolgt werden.

§ 5

Die Rechtsquellen der formellen Erfordernisse

I. Das Gesetz

An erster Stelle in der Hierarchie der Formvorschriften stehen die gesetzlichen Bestimmungen. Bei diesen haben wir zu unterscheiden zwischen Vorschriften, die schlechthin für alle Statutenänderungen Geltung haben, und solchen, die nur auf bestimmte Tatbestände Anwendung finden.

1. Die allgemeinen Vorschriften

Als Vorschriften für sämtliche Statutenänderungen kommen in Frage die *Art. 647, 698 Ziff. 1, 700 und 701*.

Art. 647, Abs. 1 und 2 regelt die öffentliche Beurkundung des statutenändernden Beschlusses und seine Eintragung ins Handelsregister. Art. 698, Ziff. 1 besagt, daß nur die Generalversammlung zur Vornahme von Statutenänderungen zuständig ist. In Art. 700 ist die Auflage der Anträge zur Abänderung der Statuten vorgeschrieben sowie der Hinweis auf diese Auflegung in der Einberufung zur Generalversammlung. Art. 701 schließlich statuiert die Ausnahme zu Art. 700, indem bei Universalversammlungen von den Vorschriften dieses Artikels Umgang genommen werden kann.

2. Die besonderen Vorschriften

Neben den allgemeinen formellen Voraussetzungen stellt das Gesetz für gewisse Tatbestände besondere, erschwerte Formvorschriften auf. So verlangt *Art. 648* für die Umwandlung des Gesellschaftszweckes, die Beseitigung von Statutenbestimmungen über die Erschwerung von Beschlußfassungen in der Generalversammlung und die Einführung von Stimmrechtsaktien eine Mehrheit von mindestens zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals. *Art. 649* bestimmt, daß Erweiterungen und Verengerungen des Gesellschafts-

zweckes, Fusionen und einige weitere Aenderungen nur in einer Generalversammlung beschlossen werden können, in der mindestens zwei Dritteile sämtlicher Aktien vertreten sind.

Besondere Vorschriften gelten sodann auch für die Ausgabe neuer Aktien. In *Art. 650* verweist der Gesetzgeber auf die Gründungsvorschriften, welche in diesem Falle Anwendung finden. So sind bei Sacheinlagen, Uebnahme von Vermögenswerten und Gewährung besonderer Vorteile die Bestimmungen des *Art. 628* anwendbar, d. h. es sind die in diesem Artikel geforderten Angaben in die Statuten aufzunehmen. Ebenso ist in den Zeichnungsscheinen auf den Beschluß über die Kapitalerhöhung hinzuweisen und dort, wo vom Gesetz ein Prospekt verlangt wird, ist auf diesen Bezug zu nehmen. *Art. 651* zählt auf, welche Angaben in diesem Prospekt zu machen sind. Schließlich bestimmt *Art. 653*, wann der Beschluß über die Kapitalerhöhung beim Handelsregister anzumelden ist.

Auch die Ausgaben von Vorzugsaktien und Genußscheinen sind an besondere formelle Voraussetzungen gebunden. Solche Beschlüsse können nur gefaßt werden in Generalversammlungen, in denen mindestens zwei Dritteile sämtlicher Aktien vertreten sind (*Art. 655 und 658*). Ferner bedarf es bei Ausgabe einer zweiten Serie von Vorzugsaktien der Zustimmung einer Sondergeneralversammlung der Inhaber der bereits bestehenden Vorzugsaktien (*Art. 654*). Auch diese beiden Tatbestände sollen weiter unten noch näher erörtert werden.

3. Das Verhältnis zu den übrigen Rechtsquellen

Als staatliches Recht genießen die gesetzlichen Normen den Vorrang vor jeder eigenen Regelung der Körperschaft, es sei denn, daß das Gesetz selber der körperschaftlichen Rechtsetzung den Vortritt läßt, d. h. nur subsidiäre Wirkung beansprucht. Wo dies nicht der Fall ist, hat das staatliche gegenüber dem körperschaftlichen Recht derogierende Wirkung. Die zwingenden gesetzlichen Vorschriften bilden somit den Rahmen, innerhalb welchem die Körperschaft eigenes Recht setzen kann.

Als zwingend sind auf dem Gebiet der Formvorschriften alle gesetzlichen Normen anzusprechen, die nicht ausdrücklich als nachgiebig gekennzeichnet sind. Subsidiärer Natur sind die Artikel 649,

Abs. 1 und 3, 655 und 658, wo ausdrücklich gesagt ist, daß sie nur Geltung haben, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Diese ausdrückliche Kennzeichnung der subsidiären Formvorschriften weist darauf hin, daß die übrigen als zwingend zu betrachten sind. Meist ergibt sich das auch aus dem Zweck der betreffenden Vorschriften.¹⁶⁾

II. Die Statuten

Als Rechtsquelle spielen die Statuten neben den gesetzlichen Vorschriften die wichtigste Rolle. Im Raume, welcher der Körperschaftlichen Autonomie belassen ist, stehen sie an erster Stelle.

Neben den gesetzlichen Formvorschriften kann daher die Gesellschaft in ihrer Satzung für Statutenänderungen noch weitere Erfordernisse aufstellen. Dabei hat sie sich aber, wie gesagt, im Rahmen ihrer Autonomie zu halten.

1. Die Schranken statutarischer Formvorschriften

In erster Linie dürfen statutarische Formvorschriften nicht gegen zwingende Formvorschriften des Gesetzes verstoßen. Dabei können auch ungeschriebene Normen in Betracht kommen. (Vgl. S. 22 ff.) So ist es beispielsweise denkbar, daß eine Statutenbestimmung gegen *wohlerworbene Rechte*¹⁷⁾ oder gegen *anerkannte Grundsätze des Aktienrechtes* verstößt.

Trotz diesen mannigfachen Schranken bleibt noch genügend Raum offen, innerhalb von welchem die Gesellschaft ihre eigenen Formvorschriften für Statutenänderungen aufstellen kann. Im Hinblick auf die Verschiedenheit der Gesellschaften hinsichtlich Größe und Struktur ist dieser Spielraum aber auch sehr erwünscht. Wir stehen ja heute vor der Situation, daß das Institut der A.G. mannigfaltigen Zwecken dienstbar gemacht wird. Ursprünglich diente diese Gesellschaftsform hauptsächlich dem Aufbau großer Unter-

¹⁶⁾ Vgl. dazu die Ausführungen bei Herold: „Zwingendes Aktienrecht“. Diss. Zch. 1931.

¹⁷⁾ Das Bundesgericht hat in dem Entscheid 50, II, 499 in einer zu knapp bemessenen Hinterlegungsfrist eine Beeinträchtigung des Stimmrechtes erblickt. Zwar handelte es sich dabei nicht um eine statutarisch festgelegte Bestimmung, sondern um eine Anordnung des Verwaltungsrates. Die Sache läge aber nicht anders, wenn diese Hinterlegungsfrist statutarisch festgesetzt worden wäre.

nehmen, bei denen das nötige Kapital nur durch die Beteiligung Vieler aufgebracht werden konnte. Allmählich zeigte es sich dann, daß nicht nur die breite Basis in der Kapitalbeschaffung, sondern vor allem auch die *beschränkte Haftung* ein sehr begehrtes Merkmal der A.G. darstellte. So kam es, daß auch kleinere Unternehmungen sich in zunehmendem Maße dieser Gesellschaftsform bedienten. Das Bedürfnis nach beschränkter Haftung trat schließlich auch beim Einzelkaufmann zutage, was die Gründung der sog. Einmanngesellschaften zur Folge hatte. Diese und die große Anzahl kleinerer Gesellschaften zeigen, daß wir es bei der A.G. längst nicht mehr mit einer Gesellschaftsform zu tun haben, derer sich nur große Unternehmen bedienen. Dazu kommt noch, daß die Entwicklung in neuester Zeit von einem weiteren Faktor beeinflußt wird, der oft bei der Wahl der Gesellschaftsform den Ausschlag gibt. Es ist dies die zunehmende Steuerlast, welche immer mehr als wirtschaftlicher Faktor in Erscheinung tritt. So kann häufig beobachtet werden, daß die Form der A.G. lediglich gewählt wird, weil sie sich steuertechnisch am vorteilhaftesten auswirkt. Dies vermehrt noch die Zahl jener Fälle, da Unternehmungen als Aktiengesellschaften auftreten, für welche diese Gesellschaftsform eigentlich nicht in erster Linie berechnet ist.

Diese Situation führt natürlich zu Schwierigkeiten in der gesetzestechnischen Ausgestaltung der A.G. Keine Regelung wird für alle Unternehmungen passend sein. Eine Lösung des Problems besteht nun darin, daß der Gesetzgeber der Gesellschaft einen gewissen Spielraum beläßt in der Ausgestaltung ihrer internen Angelegenheiten, indem er mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften nur das unbedingt Notwendige regelt.

Daneben spricht ein weiterer und u.E. noch wichtigerer Grund für eine gewisse Zurückhaltung in der Aufstellung zwingender Vorschriften durch das Gesetz. Mit der Freiheit im Bestimmen des Statuteninhaltes steht und fällt die Privatautonomie auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechtes überhaupt. Wenn einst das Reichsgericht in einem Entscheid festgestellt hat, daß die Statuten nur insoweit verbindlich seien, als das Gesetz ausdrücklich auf sie verweise¹⁸⁾, so

¹⁸⁾ RGZ Bd. 65, S. 92.

muß man sich fragen, ob dieses oberste Gericht sich dabei bewußt gewesen sei, welchen Schritt es damit getan hat. Der Entscheid bedeutet nämlich im Grunde genommen nichts anderes als eine Abkehr vom Prinzip der Privatautonomie. Wo vorher der Grundsatz galt, daß Freiheit herrscht, soweit sie nicht durch das Gesetz beschränkt ist, gälte nunmehr der Satz, daß das Gesetz absolut herrscht, soweit es nicht ausdrücklich noch eine freie Rechtsgestaltung zuläßt. Mit Recht weist daher *Fischer* diese Auslegung des Reichsgerichtes zurück und begründet dies mit der Tatsache, daß vom Gesetzgeber überhaupt keine abschließende Regelung getroffen worden sei und daher in gewissen Belangen ergänzende Statutenbestimmungen sich als notwendig erwiesen.¹⁹⁾

2. Die Bedeutung statutarischer Formvorschriften

Statutarische Formvorschriften für den Fall einer Statutenänderung finden sich vor allem bei den Erfordernissen der Abstimmung, indem beispielsweise ein erhöhtes Mehr oder die Anwesenheit eines bestimmten Teiles des Grundkapitals verlangt wird.²⁰⁾ Solche Bestimmungen können je nach der Struktur der Gesellschaft von großer Wichtigkeit sein. Sind z. B. bei einer kleineren Gesellschaft die Aktionäre in zwei Parteien aufgespalten, so kann das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für Statutenänderungen bewirken, daß die Satzung ohne die Zustimmung der Minderheitspartei nicht geändert werden kann, während dies bei gewöhnlichem Mehr möglich wäre.

III. Die Reglemente und die übrigen Beschlüsse

1. Der Begriff des Reglementes²¹⁾

Ueber den Begriff des Reglementes herrscht leider keine Klarheit. Wir wollen im folgenden versuchen, kurz das Wesentliche zu umschreiben.

¹⁹⁾ Fischer, S. 85.

²⁰⁾ BIZR 25, 1 und 37, 77.

²¹⁾ Vgl. zum Begriff des Reglementes die Arbeit von Eigenmann, besprochen in der SchwAG, Bd. XXIV. Eigenmann definiert das Reglement als „die schriftliche Zusammenfassung von Verhaltensregeln der internen Körperschaftsordnung, erlassen durch förmlichen Beschluß eines zuständigen Organs für jenen Bereich, der nicht schon durch Gesetz oder Statuten geordnet und den letzteren nicht zwingend vorbehalten ist“. a.a.O. S. 131.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, um diesen Begriff abzugrenzen. Man kann darunter alle jene Normen verstehen, die eine Gesellschaft ausdrücklich als Reglement bezeichnet und dann eventuell unter diesem Titel vervielfältigen oder drucken läßt. Eine zweite Möglichkeit besteht darin, daß alle Normen, welche das Verhalten eines bestimmten Organs regeln, als Reglement bezeichnet werden. Schließlich kann man den Begriff noch weiter fassen und darunter schlechthin alles durch förmlichen Beschluß zustande gekommene und nicht in die Statuten aufgenommene Körperschaftsrecht verstehen.²²⁾

Um Verwechslungen vorzubeugen, sei noch darauf hingewiesen, daß unter Reglement auch Bestimmungen verstanden werden, welche sich nicht auf das interne Gesellschaftsverhältnis beziehen, sondern den Verkehr mit Drittpersonen regeln, wie z. B. zwischen der Bank und ihren Kunden.²³⁾ Mit dieser Sorte von Reglementen haben wir uns hier selbstverständlich nicht zu befassen.

Von den oben erwähnten drei Möglichkeiten fallen u. E. zwei außer Betracht. Stellen wir nämlich darauf ab, was die Gesellschaft als Reglement bezeichnet, so erhalten wir einen übertrieben formalen und zudem subjektiv gefärbten Begriff. Zählen wir dagegen, wie König vorschlägt, die sämtlichen Beschlüsse, die nicht in den Statuten stehen, zum Reglement, so weicht dieser derart weit gefaßte Begriff doch stark vom üblichen Sprachgebrauch ab. Wir wollen daher versuchen, auf dem mittleren Weg zu einem brauchbaren Resultat zu kommen.

Wenn von einem Reglement gesprochen wird, so hat man dabei im allgemeinen eine ganz bestimmte konkrete Regelung im Auge. Meist handelt es sich um die Normierung von Angelegenheiten organisatorischer Natur. Während die Statuten das Grundsätzliche regeln, bestimmt das Reglement die praktische Durchführung dieser Grundsätze, d. h. es befaßt sich mit all den Einzelheiten, die den Statuten subordiniert sind. Während die Statuten größtenteils für alle an der Gesellschaft Beteiligten von Bedeutung sind, richten sich die Reglemente meist nur an gewisse Organe wie z. B. den Verwaltungsrat oder den Direktor. Wie die Statuten sind aber auch die

²²⁾ So König Walter: „Statut, Reglement, Observanz“. Diss. Zürich 1934, S. 66.

²³⁾ König, a.a.O., S. 67.

Reglemente für eine gewisse Dauer berechnet. Dieses Moment scheint uns wesentlich zu sein für den Begriff des Reglementes, vor allem zur Abgrenzung gegenüber dem gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß. Unter Reglement verstehen wir somit alle außerhalb der Statuten stehenden Normen, die irgend eine interne Angelegenheit der Gesellschaft für längere Zeit regeln. Irrelevant ist dabei, ob die Gesellschaft diese Reglemente gedruckt hat, oder ob sie nur in dem Protokoll verhanden sind. Ob sich ein Druck lohnt, hängt ja schließlich von der Anzahl der Personen ab, an welche sich das Reglement richtet.

Daß nicht schlechthin alle Beschlüsse zum Reglement gehören, ergibt sich auch aus Art. 721, Abs. 1 OR, wo neben dem Reglement die Beschlüsse der Generalversammlung erwähnt sind. Allerdings stellt das Moment der Dauer kein Kriterium dar, anhand dessen sich eine feste Grenze ziehen läßt. Es wird immer Beschlüsse geben, wo es Ermessensfrage bleibt, ob sie als Reglement zu betrachten sind oder nicht. Dieser Nachteil wiegt aber deshalb nicht sehr schwer, weil der Unterschied zwischen dem Reglement und den übrigen Beschlüssen praktisch keine sehr große Rolle spielt. Es sind aber immerhin Streitfragen in dieser Materie denkbar, besonders wenn die Statuten einer Gesellschaft in bestimmtem Zusammenhang auf das Reglement verweisen.

2. Der Rahmen und die Hierarchie der Reglemente

a) Das Verhältnis zum Gesetz

Auch Reglemente können nur innerhalb eines bestimmten Rahmens erlassen werden. Alles, was nicht in die Statuten aufgenommen werden kann, darf selbstverständlich auch nicht in Form eines Reglementes beschlossen werden. Gegenüber dem Gesetz erfährt das Reglement aber noch eine weitere Einschränkung: Der Gesetzgeber hat verschiedene Vorschriften nur in dem Sinne als nachgiebig ausgestaltet, daß sie durch Statutenbestimmungen abgeändert werden können, nicht dagegen durch einen gewöhnlichen Beschluß. Reglementen gegenüber verlieren sie somit ihre Nachgiebigkeit.²⁴⁾ Im Gesetz wird dies meistens durch die Formel ausgedrückt: »sofern die Statuten nichts anderes bestimmen . . .«

²⁴⁾ König, a.a.O. S. 68.

b) Das Verhältniß zu den Statuten

Auch Reglemente können, gleich den Statuten, von der Generalversammlung erlassen werden. Trotzdem stehen aber die Statutenbestimmungen über den Reglementen, denn sie bilden die obersten Normen des eigenen Rechtes der Körperschaft. Das ergibt sich schon aus der besondern Form, in welcher sie gefaßt werden müssen, während für die Reglemente von Gesetzes wegen Formfreiheit besteht. Eine Reglementsbestimmung, die einer Statutenvorschrift widerspricht, ist somit als ungültig zu betrachten.

Schließlich ist auch denkbar, daß die verschiedenen Beschlüsse und Erlasse, welche wir unter dem Begriff Reglement zusammenfassen, unter sich Widersprüche aufweisen, so daß sich die Frage stellt, welchem Reglement der Vorzug zu geben sei. In diesem Falle ist darauf abzustellen, von welcher Instanz die betreffenden Reglemente ausgegangen sind.²⁵⁾ So werden Beschlüsse der Generalversammlung den Vorzug haben vor solchen des Verwaltungsrates und diese wiederum vor dem Erlaß eines Direktors usw. Die Hierarchie der Instanzen ist somit maßgebend für die Hierarchie der Reglemente, die von ihnen ausgehen. Bei sich widersprechenden Beschlüssen der gleichen Instanz wird in der Regel der spätere als gültig zu betrachten sein. (Vgl. oben S. 16.)

3. Die Schranken aller übrigen Beschlüsse

Nicht nur Reglemente, sondern auch die erwähnten kurzfristigen Beschlüsse enthalten unter Umständen formelle Vorschriften. Selbstverständlich müssen sich diese im Rahmen von Gesetz und Statuten halten. Daß sich dabei nicht nur Widersprüche mit gesetzlichen Formvorschriften, sondern auch mit materiellen Bestimmungen ergeben können, haben wir weiter oben gesehen. (Vgl. S. 29.) So kann der Beschluß des Verwaltungsrates gegen wohlerworbene Rechte der Aktionäre verstoßen, wenn bei der Einberufung der Generalversammlung die Hinterlegungsfrist für Aktien zu knapp bemessen war.²⁶⁾

²⁵⁾ König, a.a.O. S. 69.

²⁶⁾ BGE 50, II, 499. Im alten OR war die Hinterlegungsfrist noch nicht gesetzlich vorgeschrieben.

Bei der Aufstellung ihrer Statuten sieht sich eine A.G. immer wieder vor die Frage gestellt, was sie regeln und was sie offen lassen soll. Beweglicher wird ihre Organisation, wenn sie nur das wichtigste normiert und die Lücken mit Beschlüssen im konkreten Fall ausfüllt. Diesem Vorteil steht aber der Nachteil gegenüber, daß bei einer allzu knappen Regelung eine gewisse Rechtsunsicherheit in Gesellschaftsangelegenheiten entsteht und daß die nach freiem Ermessen getroffenen Anordnungen des Verwaltungsrates viel eher angefochten werden, als wenn sie sich auf eine Statutenbestimmung stützen.²⁷⁾

IV. Die Uebung

1. Begriff²⁸⁾

In jeder Rechtsordnung bestehen neben dem geschriebenen Recht gewisse *Uebungen*, welche sich im Laufe der Zeit gebildet haben und entweder Lücken des bestehenden Systems ausfüllen oder aber zu dem geschriebenen Recht in Widerspruch stehen. Dieses sog. *Gewohnheitsrecht* spielt eine bedeutende Rolle bei der Entwicklung des Rechtes, indem es vielfach die Grundlage bildet zur Schaffung neuer Rechtsformen. Neben seiner lückenausfüllenden Funktion tritt es als treibendes Element in Erscheinung, welches immer bald da und bald dort das starre System der Rechtsnormen auszuweiten und neu zu gestalten sucht.

Solches Gewohnheitsrecht finden wir auch im Gebiet der körperrechtlichen Normen.²⁹⁾ Dabei gilt es zu unterscheiden zwischen einer allgemeinen Uebung und der besondern einer bestimmten Körperschaft.³⁰⁾ Genau betrachtet, handelt es sich bei der allgemeinen Uebung um Gewohnheitsrecht neben den staatlichen Normen, wäh-

²⁷⁾ SchwAG, Bd. V, S. 12: So hatte z. B. unter dem alten OR die Gesellschaft ein Interesse daran, daß eine Frist zur Einberufung der Generalversammlung in die Statuten aufgenommen wurde. Sonst riskierte der Verwaltungsrat, daß die tatsächlich beobachtete Einberufungsfrist von einzelnen Aktionären als zu kurz bezeichnet und die Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse versucht wurde.

²⁸⁾ Vgl. dazu König a.a.O. S. 82 ff.

²⁹⁾ König a.a.O. S. 83. Der Begriff „Observanz“, welcher in der Literatur häufig anzutreffen ist, kann ohne Bedenken durch das anschaulichere Wort „Uebung“ ersetzt werden.

³⁰⁾ Egger, Art. 63, N 2.

rend sich im zweiten Falle die Uebung auf den Raum einer bestimmten körperschaftlichen Rechtsordnung beschränkt. Nur die eine Gesellschaft, innerhalb welcher sich die Uebung gebildet hat, wird in diesem Falle von ihr berührt.

2. Entstehung

Die Frage nach der Entstehung des Gewohnheitsrechts und damit auch der Uebung ist deshalb nicht leicht zu beantworten, weil es nahezu unmöglich ist, allgemein gültige Kriterien zu finden. Es ist außerordentlich schwer zu sagen, in welchem Moment von einer Uebung gesprochen werden kann. In jedem einzelnen Fall sind die konkreten Verhältnisse zu berücksichtigen. Damit ein Verhalten zur Uebung wird, muß es sich während einer gewissen Zeit regelmäßig wiederholen. Sowohl über diese Zeitspanne wie auch über die Anzahl der Wiederholungen lassen sich nur schwerlich Angaben machen. So dauert es z. B. mehrere Jahre, bis ein Verhalten der Generalversammlung, die jährlich nur einmal stattfindet, als Uebung betrachtet werden kann.³¹⁾ Von einer Uebung können wir erst dann sprechen, wenn von der Mehrzahl der Beteiligten ein bestimmtes Verhalten als üblich und richtig betrachtet wird.

3. Bedeutung

a) Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechtes im allgemeinen

Das Vorhandensein einer bestimmten Uebung besagt noch nichts über deren rechtliche Wirkungen. Eine praktische Bedeutung erlangt sie erst dann, wenn sie als verbindliches Recht betrachtet werden kann. Burckhardt vertritt die Ansicht, daß auch Gewohnheitsrecht nur kraft staatlicher Anerkennung, nämlich durch Anerkennung seitens der Gerichte entstehen könne.³²⁾ Er lehnt damit die Bezeichnung «Gewohnheitsrecht» für eine bloße Uebung ab, solange diese nicht vom Richter anerkannt worden ist. Diese etwas gefährliche Formulierung könnte leicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß richterliche Entscheidungen als Rechtsquellen zu betrachten seien, was aber bekanntlich für das schweizerische Recht nicht zutrifft. Unseres Erachtens wollte Burckhardt damit eher sagen, daß der

³¹⁾ Näheres darüber siehe bei Klausling a.a.O. S. 282.

³²⁾ Burckhardt, Einführung, S. 206.

Richter dem Gewohnheitsrecht seine Anerkennung versagen und es damit zu einem nicht durchsetzbaren und deshalb praktisch irrelevanten stempeln könne. Verbindliche Wirkung vermag auch der Richter dem Gewohnheitsrecht nicht zu verschaffen, da ja den richterlichen Entscheiden selbst diese Wirkung nicht zukommt. Verbindlich wird das lückenausfüllende Gewohnheitsrecht vielmehr dank der Vorschrift des Art. 1, Abs. 2 ZGB. Da der Richter entsprechend diesem Artikel beim Fehlen einer gesetzlichen Norm das bestehende Gewohnheitsrecht anwenden muß, kann nicht gesagt werden, dieses entstehe erst mit der richterlichen Anerkennung, sondern es ist bereits in dem Augenblick vorhanden, da die Uebung mit dem Rechtsempfinden der Bürger übereinstimmt, d. h. «von den rechtlichen Anschauungen des Volkes getragen wird». ³³⁾ Verbindliches Gewohnheitsrecht entsteht somit kraft der Anerkennung von Seiten des Gesetzgebers, wie sie in Art. 1, Abs. 2 ZGB ihren Niederschlag gefunden hat. ³⁴⁾

b) Verbindlichkeit der Uebung im besondern

Auch von einer verbindlichen Uebung können wir erst dann sprechen, wenn der Richter verpflichtet ist, diese anzuwenden. Es fragt sich daher, ob die Vorschrift des Art. 1, Abs. 2 ZGB auch auf dem Gebiete des körperschaftlichen Rechtes anwendbar sei. Das ist wohl zu bejahen. Wenn auch dieser Artikel nur von Vorschriften des Gesetzes spricht, so kann doch kein Zweifel darüber bestehen, daß analog zu diesem Falle bei fehlenden Vorschriften innerhalb der Körperschaftsordnung der Richter ebenfalls in erster Linie auf das Gewohnheitsrecht zu greifen hat. Somit hat auch eine lückenausfüllende Uebung von dem Moment an verbindliche Wirkung, da wir von ihr als bestehender Uebung sprechen können.

Nun gelten aber diese Betrachtungen wie gesagt nur für lückenausfüllende Uebungen. Art. 1, Abs. 2 ZGB verweist nur dort auf das Gewohnheitsrecht, wo sich keine geschriebene Norm findet. Wie nun aber, wenn sich eine Uebung bildet, die geschriebenem staatlichem oder körperschaftlichem Recht widerspricht? Kann eine solche unter Umständen geschriebenes Recht derogieren?

³³⁾ BGE 56, I, 42.

³⁴⁾ Vgl. dazu W. Jellinek „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung“, Tübingen 1913, S. 175.

Klausing ist der Ansicht, daß eine die Statuten derogierende Uebung möglich sei, sofern sie dem Zwecke des Gesetzes entspreche. So könnten beispielsweise Formerfordernisse für die Teilnahme an der Generalversammlung auf observanzmäßigem Wege erleichtert oder ganz abgeschafft, nicht aber erschwert werden.³⁵⁾

Diese Auffassung Klausings beruht auf der Annahme, daß Statutenänderungen unter gewissen Voraussetzungen formfrei erfolgen können, nämlich auf dem Wege einer derogierenden Uebung. König zieht die richtige Konsequenz aus dieser Behauptung und kommt zum Schluß, daß formfreie Statutenänderungen auch zulässig seien, wenn keine Uebung vorliege. Er schließt sich dann allerdings der gewagten Theorie Klausings an und vertritt eine u. E. nicht sehr präzise teleologische Auslegung der Formvorschriften.³⁶⁾ Während Klausing eine derogierende Wirkung der Uebung nur gegenüber den Statuten als möglich erachtet, hält König in gewissen Fällen sogar gegenüber dem Gesetz eine solche Wirkung als wünschenswert.³⁷⁾

So ganz bedenkenlos kann der Uebung eine solche Stellung natürlich nicht eingeräumt werden. Das geschriebene Recht hätte sonst nur dann noch Geltung, wenn man nicht beliebt, sich einfach darüber hinwegzusetzen. Es kann daher nicht zugelassen werden, daß eine Gesellschaft auf dem Wege der Uebung zwingendes staatliches Recht mißachtet. Damit ist aber auch eine den Statuten entgegenstehende Uebung ausgeschlossen, weil eine solche nur unter Verletzung der zwingenden Formvorschriften für Statutenänderungen möglich wäre.³⁸⁾

Eine gewisse Bedeutung kann aber einer solchen Uebung doch zukommen, indem nämlich bei langjähriger, einer Formvorschrift

³⁵⁾ Klausing, in Zentralbl. für das ges. Handelsrecht, 1926, S. 283.

³⁶⁾ König a.a.O. S. 113.

Vgl. zu diesem Problem auch den Anhang zur vorliegenden Arbeit, unten S. 100 ff.

³⁷⁾ König a.a.O. S. 85.

³⁸⁾ Dies unter der Voraussetzung, daß die von Klausing vertretene Art der teleologischen Auslegung von Formvorschriften nicht anerkannt wird. Zur Möglichkeit einer teleologischen Auslegung vgl. unten S. 101 ff.

Ablehnung einer Statutenänderung auf dem Wege der Observanz finden wir auch bei Siegwart, Art. 626, N 7, Art. 647, N 9 und Einl. N 299.

Vgl. ferner SJZ. Bd. 2, S. 144.

Anerkennung derogierenden Gewohnheitsrechtes bei Egger, Einl. Art. 1, N 32; verneinend Gmür, Einl. Art. 1, N 21.

widersprechender Uebung die Berufung auf diese Formvorschrift mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar erscheint.³⁹⁾ Indessen ist auch bei Vorliegen einer Uebung zu berücksichtigen, daß jeder Aktionär einen Anspruch besitzt auf Einhaltung von Gesetz und Statuten. Hat die Gesellschaft eine Zeit lang ein statutenwidriges Verhalten geduldet und wird dieses dann eines Tages angefochten, so mag in der Guttheißung der Anfechtungsklage freilich eine gewisse Härte liegen. Der Gesellschaft gehört aber in diesem Falle ein Denkkzettel für ihre Nachlässigkeit, denn sie hätte ja ordnungsgemäß die Statuten ändern und den tatsächlichen Verhältnissen anpassen können.

Schließlich sind noch jene Uebungen zu betrachten, welche einem *Reglement* oder *sonstigen Beschlüssen* widersprechen. Da es auf diesem Gebiet der Gesellschaft völlig freisteht, wie sie solche Beschlüsse fassen will, steht der Anerkennung einer Uebung von Gesetzes wegen nichts entgegen. Eine solche kann als stillschweigender Beschluß der Gesellschaft aufgefaßt werden.⁴⁰⁾ Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Bestimmungen eines von der Generalversammlung erlassenen Reglementes nicht durch eine entgegenstehende Uebung des Verwaltungsrates derogiert werden können, es sei denn, daß die Aktionäre von dieser Uebung Kenntnis hatten und sie zuließen.

Ob dieses derogierende Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei, entscheidet letzten Endes der Richter. Dieser greift damit aber in die Rechtsetzungskompetenz der Gesellschaft ein, indem er einen von dieser aufgestellten Rechtssatz als kraftlos erklärt und einer neuen, ungeschriebenen Regelung seine Zustimmung erteilt. Damit die richterliche Entscheidung nicht zu einer Verletzung der körperschaftlichen Autonomie wird, soll eine Uebung nur dann anerkannt werden, wenn sie zweifellos dem Willen der Mehrheit der Gesellschaft entspricht, d. h. der Richter soll *im Zweifelsfalle eher zugunsten der geschriebenen Norm* entscheiden.

³⁹⁾ RGZ 112, 115 und 90, 208. In diesem zweiten Entscheid wurde trotz langjähriger Uebung eine Anfechtungsklage zugelassen, da besondere Verhältnisse vorlagen. Der Kläger hatte erst in letzter Zeit Mißtrauen gegen die Verwaltung gefaßt, und zudem war er selbst juristisch nicht gebildet.

⁴⁰⁾ Vgl. G. F. Puchta: „Das Gewohnheitsrecht“, II. Teil, Erlangen 1837, S. 109.

2. Abschnitt

Die einzelnen Erfordernisse

§ 6

Die ausschließliche Zuständigkeit der Generalversammlung zur Vornahme von Statutenänderungen

Art. 698 Ziff. 1 OR besagt, daß die Festsetzung und Aenderung der Statuten zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung gehört.

Jeder Statutenänderung muß somit ein Generalversammlungsbeschluß zu Grunde liegen. Daraus können sich folgende Probleme ergeben:

- a) Was fällt unter den Begriff der Statutenänderung?
- b) Welche Konsequenzen sind aus der Tatsache der Unübertragbarkeit zu ziehen?
- c) Welche Erfordernisse müssen erfüllt sein, damit ein Generalversammlungsbeschluß vorliegt?

a) Den *Begriff der Statutenänderung* haben wir im ersten Teil unserer Arbeit darzustellen versucht. Hier sei lediglich nochmals darauf hingewiesen, daß auch Fassungsänderungen gemäß schweizerischem OR nicht einer andern Instanz übertragen werden können. (Vgl. S. 11.)

b) Die Tatsache, daß die Befugnis der Generalversammlung zur Vornahme von Statutenänderungen *unübertragbar* ist, kann vor allem dort zu unklaren Situationen führen, wo die Statutenänderung in zwei Etappen vor sich geht, indem zum Beispiel die Generalversammlung den Beschluß faßt, es aber dem Verwaltungsrat überläßt, den Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bestimmen. Wir finden solche Regelungen vor allem bei Kapitalerhöhungen. Eine solche Kompetenz des Verwaltungsrates ist auf bestimmte, nicht allzulange Zeit zu befristen. Es darf sich nicht die Situation ergeben, daß der Verwaltungsrat praktisch darüber entscheiden kann, ob der Beschluß überhaupt in Kraft treten soll oder nicht.¹⁾ Dies würde der Vorschrift des Art. 698, Ziff. 1 widersprechen.

¹⁾ Ins Extrem getrieben, könnte das schließlich dazu führen, daß dem Verwaltungsrat Blankovollmachten ausgestellt würden, etwa in dem Sinne, daß er

c) Da wir uns mit den *allgemeinen Voraussetzungen der Generalversammlungs-Beschlüsse* nicht näher befassen, wollen wir hier lediglich ganz kurz auf die wesentlichen Punkte hinweisen. Für Einzelheiten sei besonders auf die interessanten Ausführungen von Hueck aufmerksam gemacht.²⁾

Damit ein Generalversammlungs-Beschluß vorliegen kann, muß eine Generalversammlung abgehalten worden sein. Ausgeschlossen ist eine schriftliche Beschlußfassung.³⁾ Von einer Generalversammlung sodann kann nicht schlechthin bei jeder Versammlung von Aktionären gesprochen werden. Als Mindestmaß ist zu verlangen, daß jeder sorgfältige Aktionär mit der Abhaltung der Generalversammlung an dem angegebenen Ort und zu der angegebenen Zeit rechnen konnte.⁴⁾ Auch was die notwendigen Erfordernisse der Beschlußfassung anbelangt, kann auf die Ausführungen bei Hueck verwiesen werden.⁵⁾ Sodann kann nur eine ordnungsgemäß zusammengesetzte⁶⁾ und vom zuständigen Organ einberufene⁷⁾ Generalversammlung rechtsgültige Beschlüsse fassen.

§ 7

Die besondern Vorschriften hinsichtlich Statuten- änderungen bei der Einberufung der General- versammlung

I. Allgemeines

Ihrem Zwecke nach können die Formvorschriften, welche bei der Einberufung der Generalversammlung zu beachten sind, in zwei Kategorien geteilt werden.

Die einen sollen dem Aktionär die Garantie verschaffen, daß er *von der Abhaltung der Generalversammlung überhaupt Kenntnis*

beim Eintreten besonderer Umstände berechtigt sei, die geeigneten Maßnahmen zu treffen, auch wenn diese in den Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung fallen.

²⁾ Hueck: „Das Recht der Generalversammlungs-Beschlüsse und die Aktienrechtsreform“, Berlin 1933.

³⁾ Hueck, a.a.O. S. 5, BGE 67, I, 346 ff. — Pra 31, 12; BGE 71, I, 387.

⁴⁾ Hueck, a.a.O. S. 7 ff.

⁵⁾ Hueck, a.a.O. S. 10 ff.

⁶⁾ Vgl. Pra 35, 12; BIZR 37, 77.

⁷⁾ BGE 71, I, 388.

erlangt, und zwar so rechtzeitig, daß er unter normalen Umständen die Zeit für die Teilnahme daran reservieren kann. Dahin gehören die Vorschriften über Einberufungsfristen, Publikationsorgane usw.

Eine zweite Kategorie von Vorschriften bezweckt sodann die *rechtzeitige und genügende Orientierung der Aktionäre über alles, was an der Generalversammlung beschlossen werden soll*. Dazu dienen die Bestimmungen über Bekanntgabe der Traktandenliste, Auflage von Anträgen auf Statutenänderung, Hinweisung auf diese Auflage, ferner die Auflage von Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht und Anträgen über die Verwendung des Reingewinns.

Da wir uns lediglich mit Statutenänderungen befassen, lassen wir auch hier die allgemeinen Voraussetzungen beiseite und beschränken uns auf die besondern, für Statutenänderungen maßgebenden Bestimmungen.

II. Bekanntgabe und Auflage der geplanten Statutenänderung

1. Die Regelung im schweizerischen OR

Art. 700, Abs. 1 des OR bestimmt unter anderem, daß die Verhandlungsgegenstände bei der Einberufung bekannt zu geben seien. Dazu gehören natürlich auch allfällige Statutenänderungen, welche somit nebst allen übrigen Gegenständen auf der Traktandenliste aufzuführen sind. Besondere Erfordernisse für die Bekanntgabe der geplanten Statutenänderungen hat der schweizerische Gesetzgeber nicht aufgestellt, im Gegensatz zur deutschen Regelung. Dagegen sind die Anträge auf Abänderung der Statuten zur Einsicht der Aktionäre am Hauptsitz und bei den Zweigniederlassungen aufzulegen, und in der Einberufung ist auf diese Auflage hinzuweisen.

2. Die Probleme

Bei der vom schweizerischen Gesetzgeber getroffenen Regelung kann es sich nun fragen, wie die Bekanntgabe einer vorgesehenen Statutenänderung zu formulieren sei. Dabei sind vor allem zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Einmal kann fraglich sein, ob für diese Ankündigung bei der Einberufung gewisse *Mindestanforderungen* zu beachten seien, so wie z. B. im deutschen Recht laut ausdrücklicher Bestimmung der wesentliche Inhalt der geplanten Aenderung bekannt zu geben ist.

Zur Lösung dieses Problems wird die Entstehungsgeschichte des Art. 700 OR näher zu betrachten sein, und ferner ist das Verhältnis der Bekanntgabe in der Traktandenliste zur Auflage der Anträge zu untersuchen, da hier sinnvollerweise ein gewisser Zusammenhang bestehen muß. Auch ein Vergleich mit der deutschen Regelung vermag unter Umständen einige Hinweise zu geben.

Sodann ist die Formulierung der Ankündigung im Hinblick auf die Verhandlungen in der Generalversammlung zu betrachten. Hier stellt sich die Frage, inwieweit die Generalversammlung in ihrem endgültigen Beschluß von der Ankündigung abweichen darf.

3. Die Regelung im deutschen Recht

Schon das deutsche Handelsgesetzbuch sah für Statutenänderungen eine Besonderheit in dem Sinne vor, daß sie nach ihrem «wesentlichen Inhalt» angekündigt werden mußten (§ 274, Abs. 2 HGB). Diese Formulierung ist in der Folge vom neuen deutschen Aktiengesetz unverändert übernommen worden. Beibehalten wurde ferner auch die Bestimmung, daß jeder Aktionär das Recht hat, eine Abschrift aller Anträge zu verlangen, die zu den auf der Traktandenliste enthaltenen Gegenständen eingelaufen sind.

a) Die Ankündigung

Die Bestimmung, geplante Statutenänderungen nach «ihrem wesentlichen Inhalt» bekanntzugeben, hat sich als eine nicht sehr eindeutig formulierte Vorschrift erwiesen. Immer wieder hatten sich deutsche Gerichte mit diesem Begriff zu beschäftigen und dabei versucht, ihn näher zu umschreiben. So wurde verlangt, daß ein kurzer Hinweis auf den Inhalt der beabsichtigten Änderung gegeben werde⁸⁾, daß die Ankündigung so deutlich und vollständig sein müsse, daß der Aktionär daraus mit Bestimmtheit entnehmen könne, worum es sich handle⁹⁾ und daß mitgeteilt werde, in welcher Beziehung und in welcher Richtung die Statuten geändert werden sollten¹⁰⁾. Als ungenügend gilt die bloße Angabe der der abzuändernden Paragraphen¹¹⁾ wie z. B. Änderung der §§ 8—10 be-

⁸⁾ RGZ 68, 234; Brodmann § 274, Anm. 3, Pissel S. 13.

⁹⁾ Brodmann, § 274, Anm. 3; Makower, § 274, IIIa; OLG Dresden, 20. Okt. 1886.

¹⁰⁾ RGZ 68, 234; OLG Hamburg, 8. 2. 1919.

¹¹⁾ Staub-Pinner, § 274, Anm. 6; RGZ 110, 199; Schlegelberger § 145, N. 5; Horowitz, S. 405; Gadow-Heinichen § 145, Anm. 3.

treffend Aufstellung der Jahresbilanz und Remuneration des Aufsichtsrates¹²⁾. Als der Vorschrift genügende Ankündigungen gelten Formulierungen wie Aenderung von § 30 des Gesellschaftsvertrages durch Erhöhung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder¹³⁾, Aenderung des § 20 des Gesellschaftsvertrages durch Wegfall der Vorschrift, daß Kapitalerhöhungen nur bei Vertretung der Hälfte des Grundkapitals beschlossen werden können¹⁴⁾, Aenderung der Statuten betreffend Erhöhung des Grundkapitals, Aenderung des Statuts betreffend die Stimmabgabe in der Generalversammlung, Aenderung des Statuts betreffend Aufhebung einer Kautionspflicht¹⁵⁾.

Diese kurze Zusammenfassung soll uns einen Begriff davon geben, wie im deutschen Recht die Ankündigung zu formulieren ist, um dem Gesetz zu genügen. Ganz einheitlich erscheint diese Rechtsprechung allerdings nicht. Als wesentlichstes Kriterium erscheint die Forderung, daß mitzuteilen sei, *in welcher Richtung* die Statuten geändert werden sollen. Erwähnt die Ankündigung auch noch das Maß der Aenderung, so ist die Gesellschaft in der Beschlußfassung zu stark gebunden.

b) Das Recht auf Abschrift der Anträge

Gemäß § 108 Abs. 1 des neuen Aktiengesetzes hat jeder Aktionär das Recht, eine Abschrift der Anträge zu verlangen. Gemeint sind damit alle zu der vorgesehenen Statutenänderung eingelaufenen Anträge, gleichgültig, ob diese vom Vorstand oder Aufsichtsrat oder von einzelnen Aktionären stammen.¹⁶⁾

4. Die Revision des schweizerischen OR

Im Gegensatz zu der erwähnten deutschen Regelung sah das *OR von 1911* überhaupt keine Besonderheiten vor für die Einberufung der Generalversammlung im Falle von Statutenänderungen. Art. 646, Abs. 2 aOR bestimmte lediglich, daß der Zweck der Generalversammlung jederzeit bei der Einberufung bekannt gemacht

¹²⁾ RGZ 68, 234.

¹³⁾ Staub-Pinner § 274, Anm. 6.

¹⁴⁾ Staub-Pinner § 274, Anm. 6.

¹⁵⁾ RGZ 68, 234.

¹⁶⁾ Brodmann, § 256, Anm. 3.

werden müsse. Erst die *Revision von 1936* hat dann in Art. 700 eine spezielle Vorschrift gebracht, nämlich die Auflage der Anträge. Der schweizerische Gesetzgeber hat also bei der Revision des OR in dieser Frage nicht einfach die deutsche Lösung übernommen, sondern ist einen andern Weg gegangen. Die Materialien zeigen uns in den Grundzügen, warum wir in der Schweiz eine andere Lösung gesucht haben.

Noch der zweite Entwurf vom Jahre 1923 bestimmte lediglich, daß bei der Einberufung der Generalversammlung der Zweck unter deutlicher und vollständiger Angabe der Verhandlungsgegenstände bekanntzugeben sei.¹⁷⁾ Gegenüber dem Art. 646 aOR bedeutet dies eine Verschärfung der Ankündigungserfordernisse, die jedoch nicht nur für Statutenänderungen, sondern für sämtliche Traktanden Gültigkeit hatte.

Erst in den *Beratungen der Expertenkommission* vom Jahre 1926 stellte Oser den Antrag, den Abs. 1 von Art. 716 des Entwurfes folgendermaßen zu ergänzen: «Wird eine Statutenänderung vorgeschlagen, so ist die beabsichtigte Aenderung im wesentlichen Inhalt erkennbar zu machen.»¹⁸⁾ Dies entsprach ziemlich genau der damals schon bestehenden deutschen Regelung. In der Folge bemerkte dann der *Referent* zu diesem Antrag, daß er nichts dagegen einzuwenden hätte, wenn man den «wesentlichen Inhalt der beabsichtigten Statutenänderung» auflegen würde, wie es mit den Rechnungen usw. geschehe. Dies alles in der Einladung sagen zu müssen, erscheine ihm bedenklich, zumal es sich um interna handeln könne, die man nicht gerne offen darlege.¹⁹⁾ Oser verteidigte darauf seinen Antrag mit der Begründung, er habe lediglich verhindern wollen, daß in der Einladung einfach gesagt werde: «Aenderung von Art. x der Statuten». Die Aktionäre könnten verlangen, mit der Einladung darüber Aufschluß zu erhalten, was an Stelle der bisherigen Statutenbestimmung treten soll.²⁰⁾ In der Abstimmung wurde darauf der Antrag Oser angenommen. Der Entwurf III vom Jahre 1928 bestimmt denn auch, daß «bei Aenderungen der Statuten

¹⁷⁾ Entwurf II, Art. 716, Abs. 1.

¹⁸⁾ Protokoll der Expertenkommission, S. 320.

¹⁹⁾ Protokoll der Expertenkommission, S. 322.

²⁰⁾ Protokoll der Expertenkommission, S. 327.

der wesentliche Inhalt der vorgesehenen Aenderung in der Einberufung bekanntzugeben sei.²¹⁾

Diese Fassung wurde in der Folge vom Ständerat genehmigt.²²⁾ Doch stimmte dann der Nationalrat einem Abänderungsantrag der Kommission zu, welcher der heute bestehenden Regelung entspricht. Die Gründe, welche zu dieser Aenderung geführt haben, sind aus dem stenographischen Bulletin nicht ersichtlich, doch ist zu vermuten, daß die Bedenken, die schon in der Expertenkommission gegen den Antrag Oser geäußert worden sind, erneut zur Sprache gelangten und schließlich doch durchdrangen. Der schweizerische Gesetzgeber wollte im Interesse der Gesellschaft eine ausführliche Bekanntmachung vermeiden, damit nicht interne Angelegenheiten in die Öffentlichkeit gelangen. Als Ersatz dafür wurde dann die Auflage der Anträge gewählt, wobei natürlich nur Aktionären die Einsicht gewährt wird.

5. Die Auslegung der Bestimmungen in Art. 700 OR

In Anbetracht der Materialien fragt es sich nun, ob schlechthin jede, auch die nichtssagendste Bekanntmachung in der Einberufung genügt, also beispielsweise auch die Ankündigung „Aenderung von § x der Statuten“.

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber von einem besondern Erfordernis für die Ankündigung von Statutenänderungen abgesehen hat, besagt, daß diese gleich allen übrigen Gegenständen der Traktandenliste anzukündigen sind. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, *wie* die Ankündigung zu erfolgen hat, denn auch bei den übrigen Gegenständen kann ein Minimum an Deutlichkeit vorgeschrieben sein.

Die gesetzliche Formulierung lautete im alten OR: „Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekanntgemacht werden.“ In den Entwürfen I und II (1919 und 1923) wurde dann diese Formulierung durch den Zusatz ergänzt, daß der Zweck unter „deutlicher und vollständiger Angabe der Gegenstände“ bekannt zu geben sei.²³⁾ Der Entwurf III sprach wieder nur von

²¹⁾ Entwurf III, Art. 698, Abs. 1.

²²⁾ Sten. Bull. StR. 1931, S. 411.

²³⁾ Entwurf I, Art. 750, Abs. 1; Entwurf II, Art. 716, Abs. 1.

Bekanntgabe der Verhandlungsgegenstände und sah lediglich für Statutenänderungen die Ankündigung des wesentlichen Inhalts vor. Dieser Zusatz ist dann im Nationalrat in die Auflage der Anträge umgewandelt worden. Daraus ließe sich schließen, daß völlige Freiheit besteht in der Formulierung der Ankündigung. Diese Folgerung ist aber nicht zwingend. Der Gesetzgeber hat vielmehr von einer präzisen Umschreibung abgesehen, so daß immer noch die Möglichkeit bleibt, auf einem andern Weg nähere Anhaltspunkte zu finden. Dies ist denn auch der Fall, wenn wir den Zweck des Gesetzes in Betracht ziehen.

Die Vorschrift, daß die Verhandlungsgegenstände bei der Einberufung bekannt zu geben seien, hat nur dann einen Sinn, wenn damit ein bestimmtes Resultat erreicht wird. Zur bloßen Zierde des Gesetzes wurde sie nicht darin aufgenommen. Vielmehr wollte der Gesetzgeber damit erreichen, daß der Aktionär orientiert ist, worüber in der Generalversammlung verhandelt wird. Dies bedingt aber ein gewisses Minimum an Deutlichkeit, sonst wird der verfolgte Zweck nicht erreicht. Der Sinn des Gesetzes tendiert ja zweifellos auf eine möglichst genaue Orientierung des Aktionärs, denn zu seinem Schutze sind diese Vorschriften aufgestellt worden. Dem Interesse des Aktionärs steht allerdings auch hier, wie noch an vielen Orten, das Interesse der Gesellschaft gegenüber, welche möglichst wenig von ihren internen Angelegenheiten der Oeffentlichkeit preisgeben will. Eine Interessenabwägung im konkreten Fall dürfte wohl zu vernünftigen Resultaten führen. Es erscheint denn auch durchaus unbillig, wenn eine Gesellschaft dem Aktionär eine äußerst knapp gefaßte Traktandenliste zustellt, obwohl eine deutlichere Fassung ihren Interessen gar nicht zuwider gelaufen wäre.

In Anbetracht des Gesetzestextes und zur Vermeidung schikanöser Anfechtungsklagen wird die Praxis allerdings gut tun, nur solche Klagen gutzuheißen, welche sich auf eine krasses Mißverhältnis zwischen der Formulierung der Ankündigung und dem Interesse der Gesellschaft stützen. So werden in der Regel Ankündigungen wie «Statutenänderung» und ähnliche als ungenügend zu bezeichnen sein. Beim Vorliegen besonderer Verhältnisse können aber auch hier Ausnahmen eintreten, indem das Interesse der Gesellschaft eine solche Formulierung verlangt. Das schweizerische OR

bietet dafür den nötigen Spielraum. Im Gegensatz zum deutschen Recht wird aber die Formulierung Abänderung von § x der Statuten in der Regel als zulässig zu betrachten sein, es sei denn, daß die Interessenlage offensichtlich auf die andere Seite verschoben ist, d. h. daß die Gesellschaft keinerlei Interesse an einer Geheimhaltung, der Aktionär aber ein sehr großes an einer genauen Formulierung besitzt. Dies könnte beispielsweise dann der Fall sein, wenn bei der Ankündigung einer Statutenänderung die Aktionäre aus bestimmten Gründen vermuten müßten, daß diese sich in einer ganz andern Richtung bewege, als tatsächlich beabsichtigt wird. Inwieweit dann sogar ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, muß anhand des konkreten Falles entschieden werden.

Allgemein läßt sich jedoch sagen, daß bei Statutenänderungen in der Regel knappe Ankündigungen genügen. Der Aktionär hat ja die Möglichkeit, die Abänderungsanträge einzusehen und damit Näheres zu erfahren. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß auch der Entschluß zur Einsichtnahme in die Anträge bis zu einem gewissen Grade von der Ankündigung abhängt. Liegt also z. B. der bereits erwähnte Fall vor, daß der Aktionär Grund hatte, eine andere als die beabsichtigte Statutenänderung anzunehmen, so hat die Gesellschaft die Ankündigung derart deutlich abzufassen, daß diese Änderung einer ursprünglichen Absicht daraus hervorgeht oder aber sie kann auch den Aktionär auf die besondere Wichtigkeit der aufgelegten Anträge aufmerksam machen, wenn ihre Interessen dies erheischen.

Schließlich stellt sich noch die Frage, ob der schweizerische Aktionär gleich dem deutschen auch das Recht hat, eine *Abschrift der Anträge zu verlangen*, obwohl dies im schweizerischen OR nicht vorgesehen ist.

Eine Betürwortung dieser Frage könnte aus dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Aktionäre abgeleitet werden. Wenn Art. 700 OR bestimmt, daß die Anträge am Hauptsitz und bei den Zweigniederlassungen eingesehen werden können, so wird das denjenigen Aktionären, die an den betreffenden Orten wohnen, ohne besondere Schwierigkeiten möglich sein. Für die übrigen Aktionäre dagegen ist eine solche Einsichtnahme unter Umständen mit erheblichem

Zeit- und Kostenaufwand verbunden. Diese wären somit in dieser Hinsicht gegenüber den ersteren schlechter gestellt.

Dem muß aber entgegengehalten werden, daß eine Versendung solcher Abschriften die Gefahr in sich birgt, daß dadurch die aufgelegten Anträge den Weg in die breite Öffentlichkeit finden. Wir sehen uns auch hier wieder vor eine Interessenabwägung gestellt, nämlich vor den Entscheid, ob es wichtiger sei, diese Gefahr einer Veröffentlichung zu verhüten oder ob der Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aktionäre diesem Interesse der Gesellschaft vorgehe. Uns scheint in diesem Punkt ein Entscheid zugunsten der Gesellschaft als richtiger, dies nicht zuletzt auch im Hinblick darauf, daß eine absolute Durchführung der Gleichberechtigung aller Aktionäre ja doch nicht möglich ist.

Es gibt noch einen weiteren Punkt, der für diese Lösung spricht. Bekanntlich ist ja der Gedanke an eine Auflegung der Anträge im Hinblick auf die damals bereits vorhandene Auflegung der Bilanz aufgetaucht (Art. 641, Abs. 1 aOR)²⁴⁾. Diese Vorschrift wurde ins revidierte Gesetz übernommen und beigelegt, daß Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz und Geschäftsbericht noch während eines Jahres zur Verfügung der Aktionäre zu halten sind und jeder Aktionär berechtigt ist, auf Kosten der Gesellschaft eine Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanz zu verlangen. Die Tatsache nun, daß der Gesetzgeber dieses Recht auf Abschrift nicht auch bei den Statutenänderungen eingeführt hat, läßt darauf schließen, daß er es eben nur bei der Bilanz zulassen wollte. Ob er dabei von der Ueberlegung ausgegangen ist, es sei schwieriger, die Zahlen einer Bilanz oder Gewinn- und Verlustrechnung im Kopf zu behalten als die Punkte eines Antrages auf Statutenänderung, oder ob er bewußt die Gefahr einer Veröffentlichung der Anträge vermeiden wollte, mag dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall wäre es nahelegend gewesen, das Recht auf Abschrift der Anträge, analog dem Recht auf Abschrift der Bilanz, ausdrücklich zu fixieren. Wenn dies nicht geschehen ist, so müssen wir vermuten, daß dies vom Gesetzgeber eben nicht gewollt war.

²⁴⁾ Protokoll der Expertenkommission, S. 322.

6. Die Auflage der Anträge im besonderen

a) Der Begriff des Antrages

Ein Antrag im Sinne von *Art. 700, Abs. 1 OR* stellt die nähere Umschreibung dessen dar, was nach der vorzunehmenden Statutenrevision zu gelten hat. Dabei kann es sich um fertige Entwürfe handeln oder um eingehendere Darstellungen, was die zu schaffenden Paragraphen bestimmen sollen. Gegenüber der *Ankündigung* unterscheidet sich der *Antrag* durch seine größere Ausführlichkeit.²⁵⁾ Der Unterschied ist kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer, was im konkreten Fall einen Ermessensentscheid bedingt. Immerhin wird für einen Antrag verlangt werden dürfen, daß er alles enthält, was zur endgültigen Formulierung der entsprechenden Paragraphen notwendig ist.

b) Legitimation zur Antragstellung

In erster Linie hat der *Verwaltungsrat* das Recht, Vorschläge zur Abänderung der Statuten vor die Generalversammlung zu bringen. Das ergibt sich aus seiner Stellung als ausführendes Organ der Gesellschaft. Unter dem Antrag des Verwaltungsrates ist dabei jener Vorschlag zu verstehen, der als Ergebnis einer Beratung und Abstimmung des Rates der Generalversammlung vorgelegt wird. Dem Verwaltungsrat steht es frei, gleichzeitig zu beschließen, daß auch Minderheitsanträge oder Eventualanträge aufzulegen seien.

Schließlich hat auch *jeder Aktionär* das Recht, Anträge zu stellen. Er hat diese dem Verwaltungsrat zuhanden der Generalversammlung einzureichen. Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, diese Anträge der Generalversammlung vorzulegen, d. h. in die Traktandenliste aufzunehmen. Diese Pflicht ergibt sich aus seiner grundsätzlichen Stellung. Hätte er die Möglichkeit, nach Belieben den Antrag eines Aktionärs zu übergehen, so könnte dieser seinen Vorschlag zwar in der Generalversammlung wiederholen, doch wäre eine Beschlußfassung mangels vorgeschriebener Ankündigung unmöglich und müßte auf die nächste Generalversammlung verschoben werden. Das aber käme einem unzulässigen Einfluß des Verwaltungsrates auf den Gang der Geschäfte gleich. Lediglich die Generalversammlung hat darüber zu befinden, ob ein Antrag eines Aktionärs der Gesellschaft förderlich sei oder nicht.

²⁵⁾ Vgl. Staub-Pinner, § 256, Anm. 7.

c) Pflicht zur Auflegung

Hier geht es um die Frage, ob in jedem Fall mindestens ein Antrag aufzulegen sei und welche Anträge der Auflagepflicht unterliegen.

In den meisten Fällen wird bei einer Statutenänderung die Initiative vom Verwaltungsrat ausgehen, welcher dann einen entsprechenden Antrag ausarbeitet. Daß dieser aufzulegen ist, ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Art. 700. Wie nun aber, wenn die Anregung von einem Aktionär ausgeht, ohne daß dieser mit einem fertigen, formulierten Antrag an den Verwaltungsrat gelangt? Hat in diesem Fall der Verwaltungsrat einen Antrag auszuarbeiten, oder kann einfach der Vorschlag des Aktionärs auf die Traktandenliste gesetzt werden? Auf den ersten Blick steht dem nichts entgegen. Wenn wir aber bedenken, daß die Auflegung der Anträge eigentlich zur Ergänzung der Ankündigung vorgeschrieben und daß nur unter dieser Voraussetzung von der Bestimmung bezüglich der Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts Umgang genommen worden war (vgl. oben S. 45 ff.), so müssen wir daraus den Schluß ziehen, daß bei fehlendem Antrag die Bekanntgabe um so deutlicher sein muß. Die Bezeichnung „Abänderung des § x der Statuten“ würde in diesem Falle nicht mehr genügen. Der Verwaltungsrat hat somit dafür zu sorgen, daß eine von Seiten eines Aktionärs angeregte Statutenänderung in einer Form bekannt gemacht wird, daß darüber Beschluß gefaßt werden kann.

Hat dagegen der Aktionär einen gut formulierten Antrag eingereicht, so ist dieser vom Verwaltungsrat aufzulegen, denn es ist nicht anzunehmen, daß unter den im Gesetz erwähnten Anträgen nur diejenigen der Verwaltung zu verstehen sind.²⁶⁾

d) Die Frist der Auflegung

Auch die Auflegung der Anträge geschieht im Interesse einer genügenden und rechtzeitigen Orientierung der Aktionäre. Es versteht sich daher von selbst, daß die von Anfang an vorhandenen Anträge, auf deren Auflegung ja in der Einberufung hinzuweisen ist, vom Datum dieser Einberufung an, also *mindestens 10 Tage vor dem Versammlungstermin* aufliegen müssen.

²⁶⁾ Vgl. Brodmann, § 256, Anm. 3.

Erfahren dann durch die Einberufung alle übrigen Aktionäre von der geplanten Statutenänderung, so ist es möglich, daß noch weitere Anträge der Verwaltung zu Händen der Generalversammlung eingereicht werden. Diese können aber unter Umständen nicht mehr innert der Frist von 10 Tagen aufgelegt werden, denn der Aktionär hatte ja möglicherweise die Einberufung erst 10 Tage vor der Generalversammlung erhalten. Die Frage, ob diese Anträge trotzdem noch aufzulegen sind, muß wohl bejaht werden²⁷⁾, denn die interessierten Aktionäre sollen schon im voraus darüber orientiert sein, um nicht in der Generalversammlung von neuen Gesichtspunkten überrascht zu werden. Dieser Grundsatz ist überhaupt von der Verwaltung im Rahmen des Möglichen immer zu beachten.

Inwieweit über solche nachträglich eingebrachten Anträge in der Generalversammlung Beschluß gefaßt oder nur diskutiert werden kann, bestimmt sich nach den Richtlinien des folgenden Abschnittes.

7. Die Gebundenheit der Generalversammlung

a) Allgemein

Art. 700, Abs. 2 OR bestimmt, daß über Gegenstände, die nicht in der durch Absatz 1 vorgeschriebenen Weise angekündigt worden sind, keine Beschlüsse gefaßt werden können. Zu den nicht gehörig angekündigten Beschlüssen müssen natürlich auch solche gezählt werden, die über den Rahmen der gehörig erfolgten Ankündigung hinausgehen.²⁸⁾ Wir sehen uns somit vor die schwierige Frage gestellt, inwieweit eine Generalversammlung in ihren statutenändernden Beschlüssen durch deren Ankündigung gebunden ist.²⁹⁾

Die Lösung dieses Problem gilt es wieder zwischen entgegengesetzten Interessen zu suchen, nämlich dem Interesse des Aktionärs an einer möglichst genauen Orientierung und demjenigen der Gesellschaft an einer möglichst großen Freiheit in der Beschlußfassung. Die Ankündigung ist daher so zu formulieren, daß einerseits der Aktionär weiß, um was es geht, und anderseits in der

²⁷⁾ Vgl. Gadow-Heinichen, § 108, Anm. 1.

²⁸⁾ Das sächsische Oberlandesgericht hat schon im Jahre 1875 in einem Entscheid festgestellt, daß in dem Falle, wo eine Maßregel beschlossen wird, die gegenüber dem angekündigten Verhandlungsgegenstand etwas wesentlich anderes darstellt, eine Ankündigung überhaupt nicht stattgefunden habe. Vgl. den Entscheid bei Holdheim, 4. Jahrg., S. 188.

²⁹⁾ Vgl. Weder, S. 13.

Generalversammlung trotzdem allfällige Zusatz- oder Abänderungsanträge beschlossen werden können.

Wir wollen gleich am Anfang betonen, daß für den Rahmen der Beschlußfassung in der Regel nur die Bekanntgabe in der Traktandenliste und nicht etwa die Anträge maßgebend sind, denn sonst wäre ja die Generalversammlung schlußendlich nur noch vor ein Ja oder Nein gestellt.³⁰⁾ Unter Umständen kann allerdings auch der Antrag eine Rolle spielen, indem vielleicht erst aus diesem hervorgeht, in welcher Richtung eine Aenderung geplant ist, so z. B. wenn in der Bekanntgabe lediglich angegeben ist, daß eine Umwandlung des Gesellschaftszweckes vorgenommen werden soll. In diesem Fall kann der Aktionär erst dem Antrag entnehmen, was grundsätzlich geändert werden soll. Der Antrag ist hier also insofern von Bedeutung, als er zur Erfassung des wesentlichen Inhalts der vorgesehenen Aenderung herbeigezogen werden muß. Nicht von Bedeutung für den Rahmen der Beschlußfreiheit sind dagegen die Details des Antrages, und zwar fehlt diesen nicht nur die beschränkende, sondern auch die ausweitende Wirkung, d. h. wenn ein Antrag den Rahmen der Bekanntgabe überschreitet, so will das nicht etwa heißen, daß nun die Generalversammlung ebenfalls zur Ueberschreitung dieses Rahmens befugt sei. Diese Ueberordnung der Bekanntgabe über den Antrag ergibt sich aus der Ueberlegung, daß der Aktionär je nach dem Wortlaut der Bekanntgabe sich entschließt, in die Anträge Einsicht zu nehmen. Er muß sich somit darauf verlassen können, daß nicht Anträge vorliegen, die über den Rahmen der Bekanntgabe hinausgehen.

Maßgebend für den Rahmen der Beschlußfreiheit ist daher der Antrag nur dann, wenn die Formulierung der Bekanntgabe so weit gefaßt ist, daß der Aktionär aus ihr nicht den wesentlichen Inhalt der geplanten Aenderung entnehmen kann. In diesem Fall ist er praktisch gezwungen, die Anträge einzusehen, so daß wir hier eine einschränkende Wirkung derselben, wenigstens was den wesentlichen Inhalt anbelangt, zulassen können.

Innerhalb des auf diese Weise abgesteckten Rahmens steht es der Generalversammlung frei, nach Belieben zu beschließen. Mit

³⁰⁾ Vgl. Lehmann-Ring, § 274, Nr. 6 und § 256, Nr. 4.

dieser Tatsache hat jeder Aktionär zu rechnen und kann sich entsprechend einrichten. Dabei hat er aber, wie wir oben gesehen haben (vgl. oben S. 47), einen Anspruch darauf, daß dieser Rahmen nicht allzu weit gezogen sei.

b) Die Auslegung und Bedeutung der Bekanntgabe

Um den Raum zu ermitteln, innerhalb dessen sich ein statutenändernder Beschluß bewegen darf, ist die Bekanntgabe in jedem einzelnen Fall den Umständen entsprechend auszulegen. Es kommt darauf an, wie die Aktionäre unter den gegebenen Verhältnissen die Formulierung deuten mußten. Dabei ist besonders auf jene Aktionäre Rücksicht zu nehmen, welche mit den Geschäften der Gesellschaft nicht in engem Kontakt stehen und bei denen vieles nicht vorausgesetzt werden kann, was einem Aktionär am Sitze der Gesellschaft vielleicht bekannt ist.³¹⁾

Für die *Bestimmung des Rahmens*, innerhalb dessen die Beschlüsse der Generalversammlung sich bewegen dürfen, sind in der Hauptsache zwei Faktoren maßgebend: Einmal die *Richtung der vorgesehenen Statutenrevision* und dann die *Begrenzung in dieser Richtung*. Dabei gilt natürlich immer der Satz, daß das kleinere im größeren, das engere im weitem eingeschlossen ist. Wird also z. B. eine Kapitalerhöhung angekündigt, so darf keine Kapitalherabsetzung vorgenommen werden, da ein solcher Beschluß in entgegengesetzter Richtung ginge. Lautet zudem die Ankündigung auf Erhöhung des Kapitals um eine Million, so stellt diese Zahl eine Begrenzung in der vorgesehenen Richtung dar. Wird eine Umwandlung des Gesellschaftszweckes bekanntgegeben, so ist eine Erweiterung des Geschäftsbereiches zulässig, nicht aber der umgekehrte Fall, da eine Erweiterung des Geschäftsbereiches im allgemeinen die geringere Veränderung des bestehenden Zustandes bedeutet als eine Umwandlung des Zweckes. Immerhin zeigt sich gerade an diesem Beispiel, wie schwer sich die Dinge verallgemeinern lassen und wie unter Umständen auch der aufgelegte Antrag beizuziehen ist. Wurde z. B. eine Änderung des Gesellschaftszweckes angekündigt und ein Antrag aufgelegt, gemäß welchem diese Zweckumwandlung einer

³¹⁾ OLG Hamburg, Entscheid. vom 8. 2. 1919.

wesentlichen Verkleinerung der gesellschaftlichen Tätigkeit gleichkommt, so kann nachher nicht statt dessen eine Erweiterung des Geschäftsbereiches beschlossen werden, da dies der angekündigten Richtung der Statutenänderung zuwiderlaufen würde. Anders, wenn der Gesellschaftszweck ein umfassenderer hätte werden sollen und statt dessen dann nur eine Erweiterung des Geschäftsbereiches beschlossen wurde. Das wäre natürlich zulässig.

Eine weitere Frage geht dahin, ob der auf diese Weise festgestellte Rahmen eine absolute Grenze darstellt, oder ob unwesentliche Abweichungen zulässig sind, ob also z. B. bei der Ankündigung einer Kapitalerhöhung um eine Million auch eine Erhöhung um 1.2 Millionen zulässig wäre. Zweifellos ist eine allzu kleinliche Auffassung hier nicht am Platz. Die Ankündigung muß ja ohnehin als summarische Angabe aufgefaßt werden. Natürlich dürfen solche Abweichungen nicht zu weit gehen, sondern sie müssen sich in der angegebenen Größenordnung halten. So wäre in dem erwähnten Beispiel eine Erhöhung um 5 Millionen unzulässig.³²⁾ Die Grenze zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen kann allerdings nicht scharf gezogen werden, da der Uebergang naturgemäß fließend ist.

c) Unzulässiger Einfluss des Verwaltungsrates
bei zu enger Formulierung

Die Tatsache, daß eine enge Formulierung der Ankündigung die Generalversammlung in ihrer Entschlußfreiheit bindet, ist auch insofern von Bedeutung, als eine solche Bindung praktisch einem unzulässigen Eingriff des Verwaltungsrates in die Rechte der Generalversammlung gleichkommt. Als ausführendes, d. h. leitendes Organ besitzt der Verwaltungsrat keine Kompetenz, in die Setzung des körperschaftlichen Rechtes einzugreifen, da dies der Generalversammlung vorbehalten ist. Durch eine sehr enge Formulierung kann aber der Verwaltungsrat bewirken, daß die Generalversammlung vor die Wahl gestellt ist, entweder seinem eigenen Vorschlag zuzustimmen oder dann auf eine Abänderung des Statuts überhaupt zu verzichten. Solche Möglichkeiten von Kompetenzüberschreitungen besitzt der Verwaltungsrat noch an andern Orten, denn bei der

³²⁾ RGZ 87, 156; Staub-Pinner, § 256, Anm. 8; Brodmann, § 274, Anm. 3.

Vorbereitung von Geschäften kann immer auch auf deren Ablauf ein gewisser Einfluß genommen werden. Ganz wird dieser Einfluß nie auszuschalten sein. Doch sollte man wenigstens in krassen Fällen dagegen vorgehen und Generalversammlungs-Beschlüsse, die unter einer unzulässigen Beeinflussung durch den Verwaltungsrat gefaßt worden sind, anfechten können. *Als gesetzliche Grundlagen kämen für eine solche Anfechtung die Artikel 698 und 721 in Verbindung mit Art. 706 Abs. 1 in Frage.*

Eine Anfechtung auf diesem Wege kann aber, wie gesagt, nur in krassen Fällen erfolgen, wenn also z. B. die Verwaltung ohne vernünftigen Grund die Bekanntgabe viel zu eng gefaßt hat, so daß offensichtlich eine Kompetenzüberschreitung vorliegt. In leichteren Fällen wird immer zu berücksichtigen sein, daß es nicht möglich ist, den bereits erwähnten sachbedingten Einfluß des Verwaltungsrates ganz auszuschalten.

8. Zusammenfassung

Das Resultat der vorgenommenen Untersuchungen kann kurz folgendermaßen zusammengefaßt werden:

Für die *Formulierung der Ankündigung* in der Traktandenliste sind folgende Ueberlegungen zu berücksichtigen: Obwohl der schweizerische Gesetzgeber keine besonderen Vorschriften für die Bekanntgabe aufgestellt hat, ist ein gewisses *Minimum an Genauigkeit* einzuhalten, weil ja der Sinn und Zweck des Institutes dahin geht, den Aktionär über die vorgesehenen Verhandlungen aufzuklären. Dem *Interesse des Aktionärs an möglichst genauer Orientierung* steht aber das *Interesse der Gesellschaft an Geheimhaltung der internen Angelegenheiten* gegenüber. Das schweizerische Recht bietet nun den nötigen Spielraum, um die verschiedenen Interessenlagen zu berücksichtigen, indem in der Regel eine knappe Ankündigung den minimalen Anforderungen hinsichtlich der Orientierung genügt, da ja der Aktionär die Möglichkeit besitzt, sich durch Einsicht des Antrages genauere Kenntnis zu verschaffen.

Beim Problem der *Gebundenheit der Generalversammlung an die Ankündigung* stehen sich ebenfalls wieder das *Interesse des Aktionärs an möglichst genauer Orientierung* und das *Interesse der Gesellschaft an möglichst großer Freiheit in der Beschlußfassung*

gegenüber. Dazu kommt als dritter Faktor die *Möglichkeit unzulässiger Einflußnahme seitens der Verwaltung* durch zu enge Formulierung.

Allgemein kann daher gesagt werden, daß die Ankündigung in der Regel nicht zu eng gefaßt werden soll, da dies zu einer unerwünschten Festlegung der Generalversammlung führen³³⁾ und zudem eine unzulässige Einflußnahme des Verwaltungsrates bedeuten kann. Auch das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft kann unter Umständen einer zu deutlichen Fassung entgegenstehen. Auf der andern Seite ist aber das Recht des Aktionärs auf eine minimale Orientierung und in besondern Fällen auch sein Interesse an einer verhältnismäßig genauen Formulierung zu beachten. Anhand der konkreten Lage werden jeweils auf diese Weise die zulässigen Grenzen festzulegen sein, wobei eine weitherzige Auffassung einer allzu starren vorzuziehen ist, d. h. Anfechtungsklagen sollten nur in krasen Fällen gutgeheißen werden.

§ 8

Die Universalversammlung

Die besondern Vorschriften für die Einberufung einer Generalversammlung haben keine Gültigkeit bei der sog. Universalversammlung, d. h. einer Generalversammlung, der sämtliche Aktionäre beiwohnen (Art. 701 OR).

Im Hinblick auf den einen Hauptzweck der Einberufungsvorschriften, nämlich die Orientierung der Aktionäre über die Abhaltung der Generalversammlung ist diese Sonderbehandlung der Universalversammlung durchaus verständlich. Wenn alle Aktionäre anwesend sind, kann nachher keiner mehr sagen, er habe von der Abhaltung der Generalversammlung nichts gewußt.

Nun erschöpft sich aber der Zweck der Einberufungsvorschriften nicht in der Schaffung einer Garantie dafür, daß alle Aktionäre von der Abhaltung der Generalversammlung erfahren. Nach allgemein anerkannter Lehre verfolgt eine zweite Kategorie von Vorschriften das Ziel, den Aktionär vor Ueberraschungen zu schützen, d. h. es

³³⁾ Vgl. JW 1897, S. 246; Bodenheim S. 65; Zehnder, S. 136.

ihm zu ermöglichen, sich auf die Verhandlungen in der Generalversammlung vorzubereiten.³⁴⁾ Weshalb bei der Universalversammlung auch von diesen Vorschriften Umgang genommen werden kann, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, denn in diesem Punkte liegen die Dinge ja nicht anders als bei der gewöhnlichen Generalversammlung. Es wurde denn auch in dem Bericht zu dem Entwurf von 1923 vor dem Einführen der Universalversammlung gewarnt, da sie jeder Ueberrumpelung Tür und Tor öffne und das Widerspruchsrecht der Anwesenden keine genügende Kautel bilde, zumal vielleicht nicht einmal Zeit für eine ruhige Ueberlegung gegeben sei.³⁵⁾

Solche Bedenken haben sicher eine gewisse Berechtigung, denn eine Ueberrumpelung ist in einer Universalversammlung so gut möglich wie in einer gewöhnlichen Generalversammlung. Wenn trotzdem schließlich das Institut der Universalversammlung eingeführt wurde, so vor allem, weil dies einem praktischen Bedürfnis vieler kleiner Aktiengesellschaften entspricht.³⁶⁾ Ferner kann wohl gesagt werden, daß gerade in diesen kleinen Gesellschaften, Familien-A.G. usw., für welche sich die Universalversammlung besonders eignet, die Aktionäre in der Regel eingehender mit den Gesellschaftsangelegenheiten vertraut sind, als dies bei größeren Gesellschaften der Fall ist, so daß schon aus diesem Grunde Ueberrumpelungen seltener vorkommen dürften. Schließlich bestimmt aber das Gesetz selber, daß eine Universalversammlung nur abgehalten werden dürfe, falls kein Widerspruch erhoben werde, woraus man mit Recht geschlossen hat, daß auch gegen die Behandlung einzelner Traktanden Widerspruch erhoben werden könne.³⁷⁾ Wenn diese Auffassung auch nicht unmittelbar aus dem Gesetz hervorgeht, so ergibt sie sich doch auf eindeutige Weise aus dem Sinn desselben, denn nach dem Wortlaut des Gesetzes hätte jeder Aktionär die Möglichkeit, die Behandlung eines Traktandums dadurch zu verhindern, daß er gegen die Abhaltung einer Generalversammlung überhaupt Widerspruch erhebt, was sicher nicht immer zweckmäßig wäre.

³⁴⁾ Vgl. dazu oben S. 41 ff.

³⁵⁾ Ber. 23, S. 69.

³⁶⁾ Ber. 20, S. 128; F. v. Steiger in SchwAG XII, 193.

³⁷⁾ Schucany, Art. 701, N 1; F. v. Steiger in SchwAG XII, 194.

Auch diese Sicherheitsvorschrift bietet natürlich keine absolute Gewähr für einen Schutz gegen Ueberrumpelung, da wie gesagt den Aktionären vielfach die Zeit fehlt, um sich die Dinge ruhig zu überlegen und zu entscheiden, ob überhaupt Einspruch erhoben werden solle oder nicht. Gerade bei Statutenänderungen von großer Tragweite kann sich diese Situation leicht ergeben. In krassen Fällen wird es sich fragen, ob die Ueberrumpelung nicht einen Verstoß gegen die guten Sitten darstelle und auf diese Weise angefochten werden könne.³⁸⁾

Im ganzen betrachtet, ist aber die Universalversammlung als zweckmäßiges Institut wohl zu begrüßen. In Anbetracht der besonderen Verhältnisse in kleinen Gesellschaften kann auch hier der Schutz, welcher dem Aktionär zuteil wird, als genügend angesprochen werden.

§ 9

Die besondern Erfordernisse bei der Abstimmung

I. Allgemeines

In jeder menschlichen Gemeinschaft muß der Einzelne zu Konzessionen an die Allgemeinheit bereit sein, muß er zugunsten von dieser auf eigene Interessen verzichten können. Die Minderheit hat sich der Mehrheit zu fügen. Dieser Grundsatz gilt sowohl in einem demokratischen Staatswesen als auch in der privatrechtlichen Körperschaft.

Er gilt aber nicht unbedingt. Eine rücksichtslose Durchführung des Mehrheitsprinzips kann zu Spannungen führen und den Frieden einer Gemeinschaft aufs schwerste gefährden. Schon mancher Staat ist an einer unglücklich gehandhabten Minderheitenpolitik zugrunde gegangen. Gleich wie der Staat hat auch die privatrechtliche Körperschaft auf diesem Gebiet Vorsicht walten zu lassen und sich vor einer schrankenlosen Anerkennung der Meinung der Mehrheit zu hüten. Es gibt gewisse Gebiete, wo ein Entscheid nicht einfach einer ablehnenden Minderheit aufgezwungen werden darf, und es gibt Minderheiten, deren ganz besondere Interessen nicht einfach übergangen werden dürfen. Es ist eines der heikelsten Probleme

³⁸⁾ Vgl. Horowitz in Zentr.Bl. für Handelsrecht 1926, S. 183.

bei der Ausgestaltung der körperschaftlichen Willensbildung, zu entscheiden, wie groß bei einer bestimmten Frage eine Minderheit sein dürfe, damit ihr die Majorisierung zugemutet werden kann.

Verschiedene *Stufen* sind möglich in der Gestaltung der Willensbildung einer Körperschaft. Einmal kann für bestimmte Materien eine Majorisierung überhaupt gänzlich ausgeschlossen werden, d. h. es kann für einen Beschluß *Einstimmigkeit* gefordert werden. Hier sprechen wir dann von wohlerworbenen oder Sonderrechten, die dem Einzelnen nicht ohne seine Zustimmung entzogen werden können. Im Gegensatz dazu stehen jene Gebiete, in welchen die *einfache Mehrheit* genügt, um eine Entscheidung herbeizuführen. Dazwischen sind alle Varianten möglich: am gebräuchlichsten ist jedoch die $\frac{2}{3}$ - oder $\frac{3}{4}$ -*Mehrheit*.

Jeder Festsetzung eines solchen Quorums hat eine *Interessenabwägung* vorauszugehen, bei der das Interesse der Gesellschaft an der Abänderbarkeit des bestehenden Zustandes dem Interesse der ablehnenden Minderheit an der Beibehaltung gegenüber zu stellen ist. Einerseits sollen unnötige oder schwerwiegende Majorisierungen vermieden werden, andererseits aber der Gesellschaft eine gewisse Beweglichkeit erhalten bleiben, damit sie sich veränderten Situationen anpassen kann.

Für die Festsetzung des zulässigen Verhältnisses von Mehrheit zu Minderheit wird also in erster Linie die *Schutzwürdigkeit* der in Frage stehenden Interessen maßgebend sein. Je schutzwürdiger ein Interesse ist, um so kleiner wird die Minderheit sein, der eine Majorisierung zugemutet werden kann, es sei denn, dass das Interesse der Gesellschaft ein Opfer von Seiten der Minderheit verlangt.

In der Regel wird eine Minderheit nicht ein für alle Mal zahlenmäßig erfaßbar sein. Jede Beschlußfassung berührt wieder andere Interessen der Aktionäre, so daß das Verhältnis Mehrheit-Minderheit bei jeder Abstimmung ein anderes sein wird. Die Einführung einer Quorumsbestimmung besagt daher noch nicht, daß in der Gesellschaft hinsichtlich dieser Frage eine Minderheit von einem gewissen Bruchteil bestehe, welche geschützt werden müsse. Die Quorumsbestimmung will vielmehr nur dafür sorgen, daß bei gewissen wichtigen Beschlüssen eine allfällige Minderheit von bestimmter Größe berücksichtigt werden soll. Möglicherweise ist dann die Min-

derheit in Tat und Wahrheit kleiner, d. h. der Beschluß kann gefaßt werden.

Nun gibt es aber doch Fälle, wo Interessengegensätze zahlenmäßig feststellbar sind und dieses Verhältnis bestehen bleibt, so z. B. wenn in einer Gesellschaft verschiedene Aktiengattungen, Stamm- und Prioritätsaktien, nebeneinander bestehen. Hier bietet sich eine spezielle Möglichkeit für den Minderheitenschutz. Die Minderheit selber, die ja genau abgegrenzt ist, kann in einer gesonderten Abstimmung darüber beschließen, ob sie einer Statutenänderung zustimmen wolle oder nicht und damit einen Gesamtbeschluß eventuell zum vornherein verunmöglichen. Dieser Minderheitenschutz mit Hilfe von *Sonderabstimmungen* kann natürlich den Verhältnissen besser angepaßt und weitgehender differenziert werden als das durch die bloße Einführung einer Quorumsbestimmung geschehen könnte. In Art. 654 hat der Gesetzgeber diese Sonderabstimmungen subsidiär vorgeschrieben, d. h. für den Fall, daß die Statuten hierüber nichts bestimmen.

Es sollte aber jede Gesellschaft bestrebt sein, nicht einfach die im Gesetz vorhandenen Abstimmungserfordernisse zu übernehmen, sondern von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, durch Aufstellung eigener Vorschriften ihre besondern individuellen Verhältnisse zu berücksichtigen. Jedes Unternehmen hat seine Eigenart, liege diese nun in seiner wirtschaftlichen Struktur, in seiner Größe oder in der Zusammensetzung seiner Generalversammlung. Vor allem bei der Ausgestaltung der Erfordernisse für Abstimmungen und Wahlen sollte auf diese Besonderheiten Rücksicht genommen werden. Für die Wahl des Verwaltungsrates hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit in Art. 708, Abs. 5 ausdrücklich erwähnt.

II. Die Quorumsbestimmungen

1. Allgemeines

Abgesehen von den Sonderversammlungen, die in einem speziellen Abschnitt behandelt werden, stehen für die Ausgestaltung der Abstimmungserfordernisse grundsätzlich zwei Wege offen. Einmal kann verlangt werden, daß ein bestimmter Teil des Grundkapitals oder der Aktien anwesend sei, damit überhaupt gewisse Beschlüsse gefaßt werden können. Wir sprechen in diesem Falle von dem Er-

fordernis einer *qualifizierten Anwesenheit*³⁹⁾. Als zweites besteht die Möglichkeit, in der Abstimmung eine bestimmte Quote an befürwortenden Stimmen zu fordern, damit ein Beschluß als angenommen gilt. Hier sprechen wir von *qualifizierter Mehrheit*.

Die Frage, was in allen diesen Fällen als Stimme zu gelten hat, gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, da es sich dabei um ein Problem materiellrechtlicher Natur handelt. Der Vollständigkeit halber seien aber doch die wichtigsten Punkte kurz erwähnt. Vier Fälle sind grundsätzlich denkbar:

- a) Als Stimme kann gelten ein bestimmter Bruchteil des nominellen Grundkapitals. Die Stimmkraft eines Aktionärs ist in diesem Fall proportional zu seinem Anteil am Kapital der Gesellschaft.
- b) Auf jede Aktie kann eine Stimme entfallen, gleichgültig, welchen Nennwert sie hat. Sind dann Aktien von verschiedenem Nennwert vorhanden, so bedeutet diese Regelung praktisch, daß jener Teil des Grundkapitals, der in kleinere Aktien aufgespalten ist, eine größere Stimmkraft besitzt als der übrige Teil des Kapitals. Wir haben es hier mit einer besonderen Art von Stimmrechtsaktien zu tun.
- c) Von Stimmrechtsaktien sprechen wir immer dann, wenn das Verhältnis der Stimmkraft nicht mit dem Verhältnis des Grundkapitals übereinstimmt, wenn also beispielsweise Aktien von gleichem Nennwert verschiedene Stimmkraft oder solche von verschiedenem Nennwert gleiche Stimmkraft besitzen (Fall b).
- d) Schließlich wäre auch denkbar, daß auf jeden Aktionär eine Stimme entfällt ohne Rücksicht auf die Größe seines Aktienbesitzes. Eine solche extreme Betonung des persönlichen Elementes ist aber mit dem Wesen der Kapitalgesellschaft schwerlich vereinbar und spielt daher praktisch kaum eine Rolle.

Von diesen vier Möglichkeiten sind im schweizerischen Recht lediglich die zwei ersten zugelassen, wobei als Normalfall die Ausübung des Stimmrechtes proportional zum Anteil am gesamten Grundkapital gilt. Die Zulassung von Stimmrechtsaktien unterliegt nicht nur der Beschränkung nach dem Grundsatz *jede Aktie —*

³⁹⁾ Vgl. Siegwart, Art. 649, N 11.

eine Stimme» (Art. 693, Abs. 1), sondern weist auch in bezug auf die Materien der Beschlußfassung noch einige Beschränkungen auf (Art. 693, Abs. 3).

Maßgebend für den Abstimmungsmodus sind in erster Linie gesetzliche und sodann statutarische Bestimmungen. Das Verhältnis von Gesetz und Statuten bestimmt sich dabei nach den üblichen Regeln (siehe oben S. 28 ff.). Als Besonderheit ist zu erwähnen, daß erschwerende Bestimmungen der Statuten ihre Gültigkeit auch in jenen Fällen behalten, wo das Gesetz daneben noch weitere Erschwerungen vorsieht.⁴⁰⁾ Bestehen also z. B. in einer Gesellschaft Stimmrechtsaktien und will diese nun ihren Gesellschaftszweck umwandeln, so ist zu einem solchen Beschluß sowohl die Zustimmung der Mehrheit aller anwesenden Aktien als auch von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals erforderlich.

2. Die Beschlußfassung nach Kapitalmehrheit

Diese stellt, wie wir gesehen haben, den *Normalfall* dar, indem grundsätzlich die Mehrheit des Nennwertes der in der Generalversammlung vertretenen Aktien entscheidet (Art. 703). Außerdem verlangt das Gesetz für die in Art. 648 aufgeführten Statutenänderungen eine Mehrheit von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals, also nicht nur des in der Generalversammlung vertretenen.

Weitere Erfordernisse hinsichtlich einer besondern Kapitalmehrheit können selbstverständlich die Statuten aufstellen.

3. Die Beschlußfassung nach Aktienmehrheit

Eine solche Beschlußfassung findet nur dort statt, wo sie ausdrücklich vorgesehen ist. Da keine derartigen gesetzlichen Bestimmungen bestehen, kommen nur statutarische in Frage. Dabei ist aber zu beachten, daß in jenen Fällen, wo Aktien verschiedenen Nennwertes bestehen, die Einführung von Abstimmungsvorschriften nach Aktienmehrheit der Einführung von Stimmrechtsaktien gleichkommt. Das gleiche trifft zu, wenn solche Abstimmungsvorschriften bestehen und nachträglich Aktien von verschiedenem Nennwert ausgegeben werden. In beiden Fällen findet die Bestimmung von Art. 648, Abs. 1 Anwendung.

⁴⁰⁾ Siegwart, Art. 648, N 15/16.

4. Die qualifizierte Anwesenheit

In gewissen Fällen verlangt das Gesetz als Voraussetzung für die Beschlußfassung eine besondere Zusammensetzung der Generalversammlung. Bei den Erfordernissen für diese Zusammensetzung kann wiederum unterschieden werden zwischen Kapital und Anzahl der Aktien. An drei Orten ist gemäß Gesetz zur Beschlußfassung die Anwesenheit von mindestens zwei Dritteln sämtlicher Aktien erforderlich, nämlich in Art. 649 (Erweiterung des Geschäftsbereiches usw.), in Art. 655 (Beschlüsse über die Ausgabe von Vorzugsaktien) und in Art. 658 (Beschlüsse über die Ausstellung von Genußscheinen).

Bestehen in einer Gesellschaft nur Aktien von gleichem Nennwert, so bedeuten diese Vorschriften praktisch, daß zwei Dritteile des gesamten Grundkapitals anwesend sein müssen. Anders dagegen, wenn Aktien mit verschiedenem Nennwert vorhanden sind. Hier wird je nachdem, welche Aktionäre erscheinen, mehr oder weniger als zwei Drittel des gesamten Grundkapitals anwesend sein müssen. Von Stimmrechtsaktien kann hier allerdings kaum gesprochen werden, denn sonst käme ja jede Ausgabe von Aktien mit verschiedenem Nennwert im Hinblick auf die Art. 649, 655 und 658 einer Ausgabe von Stimmrechtsaktien gleich, was aber vom Gesetzgeber sicher nicht gewollt war. Von Stimmrechtsaktien können wir wohl nur dort sprechen, wo die Zahl der Aktien für die Abstimmung, nicht aber für die bloße Anwesenheit maßgebend ist.

Festzuhalten ist noch, daß diese gesetzlichen Erfordernisse betreffend qualifizierter Anwesenheit nicht zwingend sind, sondern durch die Statuten, allerdings nur durch diese und nicht etwa durch ein Reglement, abgeändert werden können. In welcher Richtung eine solche Abänderung erfolgt, ist gleichgültig, d. h. die Erfordernisse können erschwert oder erleichtert werden. Außerdem können die Statuten natürlich nicht nur die Anwesenheit eines bestimmten Teiles aller Aktien, sondern auch des Grundkapitals verlangen.

III. Die Rolle der eigenen Aktien bei der Berechnung des Quorums

Grundsätzlich ist es einer A.G. zwar untersagt, eigene Aktien zu erwerben oder zu Pfand zu nehmen (Art. 659), doch bestehen von dieser Regel Ausnahmen (Art. 659, Abs. 2), und Tatsache ist, daß oft eigene Aktien, sei es nun erlaubter- oder unerlaubterweise, sich im

Besitze von Gesellschaften befinden. Gemäß ausdrücklicher Bestimmung (Art. 659, Abs. 5) dürfen aber solche Aktien in der Generalversammlung nicht vertreten werden. Was aber hat bei der Berechnung eines Quorums mit diesen Aktien zu geschehen? Sind sie mitzuzählen oder nicht?

Die Meinungen über diese Frage sind geteilt. Ein Entscheid des eidg. Handelsregisteramtes verneint die Zulässigkeit einer Mitberechnung dieser Aktien.⁴¹⁾ Gleicher Auffassung sind Schucany⁴²⁾ und v. Steiger⁴³⁾, während Siegwart für eine Mitberechnung eintritt.⁴⁴⁾ Gleicher Ansicht wie Siegwart ist im deutschen Recht Staub.⁴⁵⁾

Um die Frage abzuklären, müssen wir vorerst entscheiden, ob sich Art. 659, Abs. 5 auch auf die Mitberechnung bezieht. U. E. ist dies nicht der Fall. Schon der Wortlaut ließe eine solche Auslegung kaum zu, da ja vom „Vertreten“ der Aktien die Rede ist. Aber auch wenn wir den Grundgedanken des Abs. 5 von Art. 659 in Betracht ziehen, kommen wir zum gleichen Resultat. Der Zweck dieser Vorschrift läßt sich leicht erkennen, und man kann sagen, daß sich diese Regelung schon aus dem System des Gesetzes ergibt. Dürften nämlich die eigenen Aktien vertreten werden, so hätte dies durch den Verwaltungsrat zu geschehen. Dieser könnte also beispielsweise mit Hilfe solcher Aktien in der Generalversammlung den Aktionären entgegentreten und das Abstimmungsergebnis entsprechend beeinflussen. Formal-juristisch betrachtet scheint dagegen nichts einzuwenden sein; wenn wir aber den Dingen auf den Grund gehen, entpuppt sich diese Situation als paradox. Die von der Gesellschaft erworbenen Aktien waren natürlich mit deren eigenem Kapital gekauft worden. Auf dieses Kapital haben aber in erster Linie die Aktionäre und nicht der Verwaltungsrat einen Anspruch. Die Aktionäre sind die eigentlichen Verfügungsberechtigten über das Gesellschaftskapital, denn sie haben es ursprünglich zusammengesteuert. Nun können die Aktionäre allerdings nicht unmittelbar über dieses

⁴¹⁾ SJZ 26, 46.

⁴²⁾ Schucany, Art. 648, N 5.

⁴³⁾ v. Steiger, A.G., S. 152.

⁴⁴⁾ Siegwart, Art. 648, N 16.

⁴⁵⁾ Staub-Pinner, § 226, Anm. 10.

Vermögen verfügen, sondern nur via die juristische Person, die formell Eigentümerin ist. Die Rechte der Aktionäre in der Generalversammlung sind aber im Grunde genommen nichts anderes als der Ausfluß dieser indirekten Verfügungsberechtigung über das Vermögen der A.G. Niemals kommt jedoch diese Verfügungsberechtigung auch dem Verwaltungsrat zu. Dessen Kompetenzen sind fest umschrieben, und es wäre, wie gesagt, widersinnig, wenn er als Vertreter von Aktien, die mit dem Gesellschaftsvermögen erworben wurden, den Aktionären, denen in erster Linie die Verfügungsberechtigung über dieses Vermögen zusteht, entgegentreten könnte.

Diese Ueberlegung, aus welcher der Sinn von Art. 659, Abs. 5 deutlich hervorgeht, trifft nun aber keineswegs zu für die Frage der Mitberechnung eigener Aktien. Hier sind ganz andere Gesichtspunkte maßgebend. Eine direkte oder auch nur analoge Anwendung von Art. 659, 5 kommt daher nicht in Frage. Vielmehr gilt es, hier eine Lücke auszufüllen. Dabei müssen wir uns die Konsequenzen vor Augen halten, die sich im einen oder andern Fall ergeben.

Würden die eigenen Aktien bei der Berechnung eines Quorums weggelassen, so hätte das eine Verschiebung in den Machtverhältnissen zur Folge, die sich schwerlich rechtfertigen ließe. Die Nichtberechnung eines Teils der Aktien käme einer Verkleinerung des Grundkapitals gleich, und damit würden auch die Verhältnisse im Aktienbesitz entsprechend verschoben, d. h. die Bruchteile des Aktienbesitzes der verbleibenden Aktionäre würden sich vergrößern. Hätte z. B. ein Aktionär vorher die Hälfte des gesamten Grundkapitals besessen und wäre ein Viertel der andern Hälfte von der Gesellschaft aufgekauft worden, so besäße er nun, falls dieser Viertel nicht mehr gerechnet wird, $\frac{2}{3}$ des noch verbleibenden Kapitals. Er hätte also plötzlich die Möglichkeit, auch Beschlüsse, die eine $\frac{2}{3}$ -Mehrheit erfordern, allein, gegen den Willen aller andern durchzusetzen. Gerade für Beschlüsse, die einem Quorum unterliegen, ergäben sich also bei Nichtberechnung unliebsame Konsequenzen, indem unter Umständen der beabsichtigte Minderheitenschutz gänzlich aus den Angeln gehoben würde, während er bei einer Mitberechnung nach wie vor gewährleistet ist und eventuell noch verstärkt wird. Diese mögliche Verkleinerung einer oppositionsfähigen Minderheit setzt nun allerdings den Verwaltungsrat in die Lage, einen Beschluß

durch Ankauf von Aktien ungebührlich zu erschweren.⁴⁶⁾ Dem hält Siegwart aber mit Recht entgegen, daß bei einer Nichtberechnung der Verwaltungsrat die Möglichkeit habe, einen Beschluß in gleicher Weise ungebührlich zu erleichtern, was wohl noch häufiger in seinem Interesse liegen werde.⁴⁷⁾ In der Tat scheint es weniger gefährlich zu sein, wenn der Verwaltungsrat eine Beschlußfassung verhindern, als wenn er eine solche herbeiführen kann, denn der verhinderte Beschluß kann nachträglich immer wieder gefaßt werden, während ein bereits in die Tat umgesetzter Beschluß nicht mehr so leicht rückgängig zu machen ist.

Selbst wenn wir annehmen, daß sich die Möglichkeiten unlauterer Machenschaften von Seiten des Verwaltungsrates ungefähr die Waage halten, bietet die Mitberechnung doch den eindeutigen Vorteil, daß der von der Quorumsbestimmung angestrebte Minderheitenschutz gewahrt bleibt, was im andern Fall nicht zutrifft.

IV. Die praktische Bedeutung der Erschwerung von Beschlußfassungen

1. Allgemeines

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber in der Ausgestaltung der Erfordernisse für die Beschlußfassung den Gesellschaften ziemlich viel Freiheit gelassen hat. Eine zwingende Regelung finden wir nur in Art. 648, während die übrigen Vorschriften subsidiärer Natur sind. Die einzelne Gesellschaft hat somit die Möglichkeit, ihre speziellen Verhältnisse durch entsprechende Statutenbestimmungen zu berücksichtigen. Dabei ist allerdings zu sagen, daß solche Vorschriften mit Vorsicht einzuführen sind, denn sie erweisen sich oft als ein zweischneidiges Schwert. Besonders kleinere Gesellschaften, wo familiäre Verhältnisse in derartigen Mehrheitsbestimmungen ihren Ausdruck finden, erleben manchmal unliebsame Ueberraschungen, wenn durch Erbgang, Kapitalerhöhung oder andere Ereignisse die Machtverhältnisse plötzlich auf unerwartete Weise verschoben werden. Wir wollen daher versuchen, im folgenden kurz darzustellen, nach welchen Richtungen die ver-

⁴⁶⁾ SJZ 26, 46.

⁴⁷⁾ Siegwart, Art. 648, N 16.

schiedenen Institute sich hauptsächlich auswirken und worauf demzufolge bei ihrer Einführung zu achten ist.

2. Die qualifizierte Mehrheit nach Kapital

Diese Form der Erschwerung entspricht dem Wesen der A.G. als einer Kapitalgesellschaft am besten. Sie ist denn auch am häufigsten anzutreffen. Die Abstimmung nach Kapitalmehrheit stellt den Normalfall dar und geht auf den Grundsatz zurück, daß jeder in dem Verhältnis das Schicksal der Gesellschaft bestimmen soll, als er an ihrem Kapital und somit auch an ihrem Risiko beteiligt ist. Wird nun auf der gleichen Basis eine Erschwerung eingeführt, so stellt dies auch den Normalfall eines Minderheitenschutzes dar, indem eine kapitalmäßige Minderheit die Möglichkeit hat, gewisse Beschlüsse zu verhindern.

Besonders bei der Gründung von kleineren Gesellschaften wird oft eine Aktionärgruppe oder ein einzelner Aktionär, der weniger als die Hälfte der Aktien übernimmt, sich auf dem Wege besonderer Abstimmungsvorschriften doch einen gewissen Einfluß sichern wollen. So harmlos eine solche Regelung aussieht, ist sie doch oft geeignet, der Gesellschaft später Schwierigkeiten zu bereiten, indem mit der Möglichkeit, gewisse Beschlüsse zu verhindern, eine gesunde Entwicklung des Unternehmens sabotiert werden kann. Solche Situationen können sich ergeben, wenn beispielsweise zwischen den Gliedern einer Familien-A.G. Zwistigkeiten ausbrechen oder wenn durch Erbgang die Aktienminderheit an Personen gelangt, denen die nötige Einsicht mangelt und die womöglich mit den übrigen Aktionären in Streit leben.

Es sind daher in jedem einzelnen Fall vor der Einführung von Erschwerungen der Beschlußfassung die konkreten Verhältnisse und deren mögliche Entwicklung genau zu prüfen, bevor Bestimmungen festgelegt werden, die später einmal die Blüte des Unternehmens aufs schwerste gefährden könnten.

3. Die qualifizierte Mehrheit nach Aktien

Stimmrechtsaktien wird eine Gesellschaft dann einführen, wenn sie einer bestimmten Kategorie von Aktionären mehr Rechte erteilen will, als dieser entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung eigentlich zukämen. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn eine Gesell-

schaft in schwieriger Situation neues Kapital aufnehmen, d. h. eine Sanierung durchführen muß. Um die neuen Mittel zu erhalten, wird sie den Geldgebern als Gegenleistung für das erhöhte Risiko unter Umständen einen erhöhten Einfluß zugestehen müssen, nebst allfälligen Privilegien bei der Gewinnverteilung. Konsequenterweise sind dann auch qualifizierte Mehrheiten nicht nach Kapital, sondern nach Anzahl der Aktien zu bemessen. Im übrigen sind Vor- und Nachteile von Abstimmungsvorschriften hier dieselben wie bei der qualifizierten Kapitalmehrheit.

4. Die qualifizierte Anwesenheit

Keinen eigentlichen Minderheitenschutz stellen die Vorschriften dar, welche die Anwesenheit eines bestimmten Teiles des gesamten Grundkapitals oder der gesamten Aktienzahl verlangen, um gültige Beschlüsse fassen zu können. Solche Bestimmungen wollen vielmehr verhindern, daß ein allzu kleiner Teil des Grundkapitals oder der Aktien Beschlüsse von großer Tragweite fassen kann. Wird keine bestimmte Anwesenheit verlangt, so könnte unter Umständen eine verschwindend kleine Minderheit über sämtliche Angelegenheiten gültig verhandeln und beschließen, mit Ausnahme der im Gesetz geregelten Tatbestände. Ist dagegen in den Statuten bestimmt, daß für sämtliche Statutenänderungen zwei Drittel des gesamten Grundkapitals anwesend sein müssen, so hat das zur Folge, daß jeder derartige Beschluß mindestens der Zustimmung von einem Drittel + 1 des gesamten Grundkapitals bedarf. Wir müssen also hier eher von einem Schutz der Gesamtheit aller Aktionäre vor einer Minderheit sprechen.

Nun ließe sich zwar sagen, daß in Anbetracht der übrigen Einberufungsvorschriften ein solcher Schutz überflüssig sei, da ja jeder Aktionär wisse, worüber verhandelt und was beschlossen werden solle. Dem muß aber entgegengehalten werden, daß sich der einzelne Aktionär oft erst in der Generalversammlung im Verlaufe der Verhandlungen über die Wichtigkeit und die Problematik der zu fassenden Beschlüsse richtig klar wird, während er zu Hause die Einladung und die Traktandenliste vielleicht nur flüchtig durchsieht und dann zur Seite legt. Es hat daher seine guten Gründe, wenn die Anwesenheit des Aktionärs in der Generalversammlung verlangt wird.

Allerdings können sich wie bei der qualifizierten Mehrheit auch hier für die Gesellschaft nicht unwesentliche Nachteile ergeben. Das Erfordernis einer qualifizierten Anwesenheit bringt immer die Schwierigkeit mit sich, im gegebenen Fall den verlangten Teil an Aktien oder an Kapital aufzutreiben zu können, ansonst eine Beschlußfassung unmöglich und damit die Entwicklung der Gesellschaft blockiert ist. Es wird daher vorsichtig sein, gleich dem Gesetz auch in den Statuten zu bestimmen, daß in einer zweiten Generalversammlung eine geringere Anwesenheit genügt. Damit wird allerdings der gewollte Erfolg zum Teil wieder vernichtet; aber von zwei Uebeln ist dies das kleinere. Fehlt eine solche Bestimmung, so bleibt der Gesellschaft nichts anderes übrig, als mit allen Mitteln zu versuchen, die erforderliche Anzahl zusammenzubringen. Bleiben einzelne Aktionäre böswillig der Generalversammlung fern, um eine Beschlußfassung zu verunmöglichen, so widerspricht ein solches Verhalten natürlich Treu und Glauben⁴⁸⁾ und ist zudem mit der Treuepflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft nicht zu vereinbaren.⁴⁹⁾

Auch hier sind somit bei der Einführung solcher Erfordernisse die konkreten Verhältnisse sorgfältig zu prüfen und die möglichen Komplikationen ins Auge zu fassen.

5. Verschiebungen des Machtverhältnisses in der Gesellschaft

Es besteht natürlich die Möglichkeit, Bestimmungen über qualifiziertes Mehr und über qualifizierte Anwesenheit nebeneinander aufzustellen. Daraus können sich dann allerdings recht komplizierte Situationen ergeben, vor allem wenn eine Änderung in der Zusammensetzung der Gesellschaft eintritt. Die Hauptfälle für solche Änderungen mit oft unerwarteten Folgen sind die *Kapitalerhöhung* und der *Erbgang*.

a) Kapitalerhöhung

Besondere Vorsicht ist bei Kapitalerhöhungen am Platze. Hier können leicht *ungewollte Verschiebungen* eintreten, wenn bei der Verteilung der neuen Aktien die bestehenden Abstimmungsvorschriften nicht berücksichtigt werden. Keine großen Veränderungen

⁴⁸⁾ Vgl. SchwAG V, 135.

⁴⁹⁾ Vgl. Max Gloor: „Der Treuegedanken im Recht der Handelsgesellschaften“, Diss. Zürich 1942, S. 126/7.

ergeben sich, wenn die Aktien proportional zum bisherigen Aktienbesitz verteilt werden, so wie die subsidiäre Regelung des Art. 652 es bestimmt. Das *Bezugsrecht des Aktionärs* spielt also unter Umständen eine recht bedeutende Rolle, und die Tatsache, daß es durch einen gewöhnlichen Gesellschaftsbeschluß beseitigt werden kann, erscheint nicht unbedenklich. Es ist darum die Frage aufgetaucht, ob das Bezugsrecht nach Art. 652 nicht als wohlerworbenes Recht zu betrachten sei. Eine solche Auslegung wird zwar in Literatur und Praxis abgelehnt, dagegen aber die Ansicht vertreten, daß Beschränkungen oder Beseitigungen des Bezugsrechtes den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht verletzen dürfe.⁵⁰⁾ Ob die Festsetzung des Bezugsrechtes in den Statuten ein wohlerworbenes Recht schaffe, ist eine umstrittene Frage.⁵¹⁾ Immerhin kann gerade in jenen Fällen, wo zum Schutze einer Minderheit für Statutenänderungen eine erschwerte Beschlußfassung vorgesehen ist, die Aufnahme des Bezugsrechtes in die Statuten diese Minderheit vor dessen Entzug schützen, da dann für die Beseitigung des Bezugsrechtes eine Statutenänderung notwendig ist.

Dieses eine Beispiel zeigt uns, wie hier die Dinge ineinandergreifen und wie in jedem einzelnen Falle die Lage sorgfältig zu prüfen ist, wenn nicht die Gesellschaft oder eine bestimmte Gruppe eines Tages vor unliebsamen Situationen stehen soll.

b) Erbgang

Während es sich bei der Kapitalerhöhung um einen gewollten Akt der Gesellschaft handelt, treten Verschiebungen infolge von Erbgang oft unerwartet und plötzlich ein, ohne daß entsprechende Vorkehrungen getroffen werden konnten. Sie erscheinen gleichsam als Folgen höherer Gewalt und erweisen sich je nach Konstellation für die Gesellschaft günstig oder nachteilig.

⁵⁰⁾ Siegwart, Art. 652, N 11; v. Steiger, S. 281; SchwAG XVI, 31; Thalmann in Sten. Bull. StR 1931, S. 364: Ein Beschluß auf Ausschluß des Bezugsrechtes soll angefochten werden können, wenn er nicht durch das Interesse der Gesellschaft selbst gerechtfertigt werden kann.

⁵¹⁾ Siegwart verneint diese Frage (Art. 652, N 8); a. M. sind Schucany (Art. 652, N 3) und v. Steiger, S. 281; Das Problem spitzt sich dahin zu, ob die Statuten im Sinne der Unentziehbarkeit auszulegen seien oder nicht. Vgl. dazu Weiss in SJZ 39, S. 536; ferner SchwAG XVI, 30. Näher auf diese Frage einzugehen, ist hier nicht der Ort.

Schließlich ist aber in allen diesen Fällen zu sagen, daß eine A.G. nicht die geeignete Institution ist, um familiäre oder andere Streitigkeiten auszutragen, so wie auch ein demokratisch geordneter Staat nicht florieren kann, wenn die Parteien sich in allen Fragen unversöhnlich gegenüberstehen. Es ist letztlich ein Gebot der Vernunft, daß die Mehrheit ihre Stellung nicht mißbraucht und die Minderheit keine ungerechtfertigte Obstruktion treibt. Jede gesetzliche Ordnung geht von der Voraussetzung aus, daß die Adressaten der Norm ein gewisses Minimum an Vernunft walten lassen. Wo dies nicht zutrifft, kann auch durch die ausgeklügeltste Regelung die Situation nicht gerettet werden.

V. Sonderabstimmungen

Wie schon im allgemeinen Teil dieses Abschnittes hervorgehoben wurde, dient die Sonderabstimmung vor allem dem *Schutze von Aktionärskategorien vor Majorisierung*. Das Gesetz schreibt in Art. 654, Abs. 2 solche Sonderversammlungen vor, wenn besondere Vorrechte von Prioritätsaktionären beseitigt oder beeinträchtigt werden sollen. Es ist nicht unsere Aufgabe, festzustellen, wann dies der Fall ist. Wir haben lediglich zu untersuchen, wie eine solche Sonderversammlung vor sich geht.

Grundsätzlich gelten für die Sonderversammlung die *gleichen Regeln wie für die Generalversammlung*. Sie muß ebenfalls ordnungsgemäß angekündigt sein.⁵²⁾ Ferner stellt sich auch bei ihr die Frage, mit welcher Mehrheit ein Beschluß zu fassen sei. Sofern die Statuten hierüber nichts vorsehen, ist zweifellos jene Mehrheit erforderlich, die auch für den Beschluß in der Hauptversammlung gilt.⁵³⁾ So wird beispielsweise die Bestimmung des Art. 655 über qualifizierte Anwesenheit bei der Ausgabe von Vorzugsaktien auch auf die Sonderversammlung der beeinträchtigten Vorzugsaktionäre anzuwenden sein, denn diese sind ja in erster Linie daran interessiert, daß ihre Vorrechte nicht durch Zustimmung einer verschwindenden Minderheit preisgegeben werden.

Nun können aber in Abänderung der subsidiären gesetzlichen Regelung die Statuten für die Sonderversammlungen spezielle Ab-

⁵²⁾ Staub-Pinner, § 275, Anm. 6; Schlegelberger, § 146, Anm. 11b.

⁵³⁾ Schlegelberger, § 146, Anm. 11a; Gadow-Heinichen, § 146, Anm. 5.

stimmungserfordernisse vorsehen, ja sie können sogar die Privilegien der Vorzugsaktionäre zu Sonderrechten stempeln, indem für die Beschlußfassung der Sonderversammlung Einstimmigkeit verlangt wird.⁵⁴⁾

Diese dem Minderheitenschutz dienenden Vorschriften über Sonderversammlungen dürfen aber nicht von der Minderheit mißbraucht werden, indem diese zu Ungunsten der Gesellschaft in unsachlicher Weise ihre eigenen Interessen verfolgt. Die Minderheit hat auch die Interessen der Gesellschaft zu berücksichtigen. Ein sachlich absolut unbegründeter Beschluß wäre ungültig.⁵⁵⁾

§ 10

Die öffentliche Beurkundung

I. Allgemeines

1. Zweck

Nicht überall, wo eine öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist, verfolgt diese den gleichen Zweck. Während im Vertragsrecht der Schutz vor übereilten Handlungen der Parteien im Vordergrund steht, spielt dieser bei der Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses nur eine untergeordnete Rolle.⁵⁶⁾ Andere Gründe haben hier zum Erfordernis öffentlicher Beurkundung für gewisse wichtige Beschlüsse geführt.

Nach aOR konnte eine Statutenänderung vorgenommen werden, ohne daß eine öffentliche Urkunde errichtet werden mußte. Eine von sämtlichen Aktionären unterzeichnete Urkunde wurde als genügend erachtet. Doch schon im Jahre 1919 hat ein Bundesratsbeschluß die bestehende Regelung dahingehend abgeändert, daß nunmehr auch in jenen Fällen, wo vorher eine von sämtlichen Aktionären unterzeichnete Urkunde zulässig gewesen war, eine öffentliche Beurkundung zu erfolgen hatte. Eingeführt wurde diese Maßnahme mit der Begründung, sie sollte eine Garantie bilden gegen unlautere Machenschaften und gesetzwidrige Beschlüsse.⁵⁷⁾ Der Urkundsperson ist also gleichsam eine Ueberwachungsfunktion

⁵⁴⁾ Siegart, Art. 654—56, N 30.

⁵⁵⁾ Siegart, Art. 654—56, N 35.

⁵⁶⁾ Siegart, Art. 637, N 1.

⁵⁷⁾ Vgl. ZBJV 72, 507.

zugedacht. Auch vermag deren Anwesenheit den Aktionären die erhöhte Wichtigkeit von Beschlüssen vor Augen zu führen. Der *Schutz vor Uebereilung*, welcher im Vertragsrecht die Hauptrolle spielt, wird auch bei der Generalversammlung hin und wieder von Bedeutung sein; er stellt hier aber nicht den Hauptzweck dar. Vielmehr soll dort die *saubere und einwandfreie Durchführung der Beschlüsse* garantiert werden, wozu die Sachkenntnis der Urkundsperson die beste Gewähr bietet.⁵⁸⁾ Ein weiterer Zweck besteht in der *Beweissicherung*, indem die öffentlich beurkundeten Beschlüsse den Vorteil besitzen, durch eine objektiv eingestellte Person kontrolliert worden zu sein⁵⁹⁾, was eine gewisse Garantie dafür bietet, daß wirklich das beschlossen wurde, was in der Urkunde niedergelegt ist. Im Hinblick auf den Eintrag beim Handelsregister ist dieser Punkt von nicht zu unterschätzender Bedeutung, indem damit auch die *Wahrheit des Handelsregistereintrages* weitgehend gewährleistet wird.

Es wäre müßig, darüber zu streiten, welcher von diesen verschiedenen Funktionen die größte Bedeutung zukomme. Je nach der konkreten Lage erweist sich die eine oder die andere als besonders wichtig, indem bei der einen Gesellschaft die Gefahr unlauterer Machenschaften besonders groß ist, während eine andere zwar gewillt ist, korrekt vorzugehen, aber mangels nötiger Sachkenntnis die Aufgabe unrichtig anfaßt. Als wesentlich gilt es festzuhalten, daß diese sämtlichen Funktionen Bestandteile des Gesamtzweckes der öffentlichen Beurkundung bilden können.

2. Bedeutung

Nicht nur bei der öffentlichen Beurkundung, sondern bei allen Formvorschriften stellt sich immer wieder die Frage, ob sie *konstitutive* oder bloß *deklaratorische* Bedeutung besitzen.

In Literatur und Praxis wird allgemein die Ansicht vertreten, daß die öffentliche Beurkundung für Generalversammlungsbeschlüsse konstitutiven Charakter habe, da dies im Zweifelsfalle bei jeder Formvorschrift angenommen werden müsse.⁶⁰⁾ Praktisch will

⁵⁸⁾ Siegwart, Art. 637, N 1.

⁵⁹⁾ Siegwart, Art. 637, N 1.

⁶⁰⁾ ZBJV 72, 507; SJZ 32, 137; Peyer, S. 14.

das heißen, daß die öffentliche Beurkundung für den betreffenden Beschluß ein *Gültigkeitserfordernis* darstellt, d. h. die fehlende Beurkundung zieht Ungültigkeit nach sich.⁶¹⁾ Eine andere Auffassung ließe sich wohl kaum vertreten, da Art. 647, Abs. 1 schon im Hinblick auf die oben kurz erwähnte historische Entwicklung nicht als bloße Ordnungsvorschrift aufgefaßt werden kann.

Häufiger als die gänzliche Unterlassung wird der Fall einer *fehlerhaften Beurkundung* vorkommen, sei es nun, daß die Urkundsperson nicht zuständig war, oder daß nicht gemäß den Verfahrensvorschriften vorgegangen wurde. Was hat mit einem solchen Beschluß zu geschehen? Peyer weist in seiner Arbeit mit Recht darauf hin, daß unterschieden werden müsse zwischen Verletzungen bloßer Ordnungsvorschriften, was keine zivilrechtlichen Konsequenzen nach sich zieht, und zwischen Verletzungen von relativen und absoluten Formvorschriften, wobei im letzten Falle Nichtigkeit, im ersten dagegen nur Anfechtbarkeit vorliege. Für die Entscheidung, welche Qualifikation einer Vorschrift zukomme, sei das kantonale Recht maßgebend, dem diese Vorschriften ja entstammen.⁶²⁾

3. Rechtsquellen

Ein besonderes Problem bei der öffentlichen Beurkundung besteht darin, daß sie zwar vom Bundesrecht vorgeschrieben ist (Artikel 647, 1 OR), ihre Durchführung sich aber nach kantonalem Recht bestimmt (Art. 55 Schl.T. ZGB). Nun ist das Verfahren bei einer Formvorschrift bis zu einem gewissen Grade von ihrem Zweck abhängig, d. h. die kantonalen Vorschriften über die öffentliche Urkunde können nicht unabhängig von dem Sinn der bundesrechtlichen Bestimmung festgesetzt werden; sie müssen sich in ganz bestimmtem Rahmen halten, dürfen also weder zu viel⁶³⁾ noch zu wenig verlangen. Es liegt z. B. sicher nicht im Sinne der bundesgesetzlichen Regelung, wenn eine öffentliche Beurkundung ohne Anwesenheit des Notars an der Generalversammlung zugelassen wird.⁶⁴⁾ Sehr richtig bemerkt Beck, daß der Begriff der öffentlichen

⁶¹⁾ Perret, S. 74.

⁶²⁾ Peyer, S. 14.

⁶³⁾ ZBJV 39, 381; Beck, Schl.T. Art. 55, N. 4; Siegwart 637, N 5.

⁶⁴⁾ Beyli in SchwAG X, S. 4.

Urkunde einen Bestandteil des Bundesrechtes bilde und daß lediglich die ergänzenden Bestimmungen dem kantonalen Recht angehören.⁶⁵⁾ Dem kantonalen Recht fällt somit die Aufgabe zu, die Ausgestaltung eines bundesrechtlichen Institutes zu regeln. *Den Kantonen sind daher auf diesem Gebiet gewisse Schranken gezogen, die sich aus der bundesrechtlichen Definition des Begriffes der öffentlichen Urkunde ergeben.* Diese allgemein anerkannte Definition lautet: Öffentliche Beurkundung = Festlegung einer rechtsrelevanten Tatsache durch die hierfür zuständige Urkundsperson in der vorgeschriebenen Form und in einer selbständigen Urkunde.⁶⁶⁾ Ueber die Folgen, welche sich bei einer Diskrepanz zwischen dem bundesrechtlichen Begriff und einer kantonalen Regelung ergeben vgl. ebenfalls die Ausführungen bei Beck a.a.O.

Für uns gilt es nun, den allgemeinen Rahmen des Begriffes der öffentlichen Beurkundung auf die speziellen aktienrechtlichen Tatbestände anzuwenden und zu untersuchen, welche Schranken auf diesem besondern Gebiet der kantonalen Gesetzgebung gezogen sind.

II. Die einzelnen Erfordernisse

1. Die Zuständigkeit der Urkundsperson

a) örtliche Zuständigkeit

In der Regel hat die Beurkundung durch den Notar desjenigen Kantons zu erfolgen, in dem sie vorgenommen wird.⁶⁷⁾ *Der Ort, wo die Generalversammlung abgehalten wird, ist somit maßgebend für die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson.* Dabei kann sich dann allerdings die Situation ergeben, daß die Beurkundung nicht durch einen Notar desjenigen Kantons erfolgt, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat und wo somit die Beschlüsse ins Handelsregister einzutragen sind. In diesem Fall ist der Handelsregisterführer befugt, eine Bescheinigung darüber zu verlangen, daß nach den kantonalen Vorschriften des Registerortes die Urkunde von einer zuständigen Urkundsperson errichtet wurde.⁶⁸⁾

⁶⁵⁾ Beck, Schl.T. Art. 55, N 4.

⁶⁶⁾ Beck, Schl.T. Art. 55, N 4 und dort angef. Literatur.

⁶⁷⁾ SchwAG X, S. 44; Siegwart, Art. 637, N 4.

⁶⁸⁾ SchwAG X, S. 44.

b) sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich ebenfalls nach kantonalem Recht. Zur Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen ist in der Regel jede Urkundsperson zuständig, welcher generell die Aufnahme öffentlicher Urkunden zusteht.⁶⁹⁾

c) Ausstandspflicht

In diesem Punkt können sich bei der Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen besondere Probleme ergeben. So besteht natürlich die Möglichkeit, daß eine Urkundsperson irgendwie an der Gesellschaft beteiligt ist, deren Beschlüsse sie beurkunden soll. In welchen Fällen ist das zulässig, und wann wird die Urkundsperson ausstandspflichtig?

Maßgebend für die Ausstandspflicht ist in erster Linie das kantonale Recht. Es würde zu weit führen, hier auf die verschiedenen Formulierungen einzutreten und zu untersuchen, was in den einzelnen Kantonen noch gestattet ist. Vielmehr sollen auch hier die bundesrechtlichen Schranken für die kantonale rechtlichen Regelungen geprüft werden.

Ausgehend von dem Gedanken, daß eine objektiv eingestellte Person den Vorgang der Beschlußfassung kontrollieren und schriftlich festhalten soll, müssen wir sagen, daß eine Urkundsperson nur dann als zuständig zu betrachten ist, wenn ihr ein persönliches Interesse am Ausgang der Abstimmung fehlt. Nun kann freilich das Interesse derart gering sein, daß sich eine Ausstandspflicht damit nicht begründen läßt. Das Maß des Interesses spielt eine Rolle. Da aber die Regelung der öffentlichen Beurkundung den Kantonen überlassen ist, darf ein Eingriff in das kantonale Recht nur dann vorgenommen werden, wenn dessen Bestimmungen mit dem bundesrechtlichen Begriff offensichtlich nicht in Einklang gebracht werden können, also nur, wenn z. B. der Urkundsperson nach kantonalem Recht trotz erheblichem Interesse die Beurkundung gestattet wird. Dagegen ist es dem kantonalen Gesetzgeber natürlich freigestellt, auch bei einem verhältnismäßig geringen Interesse die Ausstandspflicht zu fordern.⁷⁰⁾

⁶⁹⁾ Siegart, Art. 637, N 3.

⁷⁰⁾ Zur Ausstandspflicht nach kantonalem Recht vgl. ZBJV 72, 509 (betr. Kanton Bern) und SchwAG X, S. 42 (betr. Kt. Aargau); ferner Siegart Art. 637, N 4.

2. Die Anwesenheit der Urkundsperson

Bei der Revision des Aktienrechtes hatte der bundesrätliche Entwurf die Anwesenheit der Urkundsperson bei den Beschlußfassungen der Generalversammlung vorgeschrieben. Diese Bestimmung wurde dann in der Folge von der ständerätlichen Kommission gestrichen, und zwar, wie aus dem Referat Thalmann hervorgeht, mit der Begründung, daß eine solche Vorschrift in das kantonale Notariat eingreifen würde. Die Kantone hätten darüber zu entscheiden, ob die persönliche Anwesenheit des Notars bei der Beschlußfassung nötig ist. Denkbar wäre eine Beurkundung des Notars auf Grund vorgenommener Prüfung.⁷¹⁾

Hier stellt sich nun allerdings die Frage, ob ein solcher Entscheid den Kantonen überlassen werden kann, ohne daß der bundesrechtliche Begriff der öffentlichen Beurkundung berührt wird. Mit Recht bemerkt Beyli, daß in einer öffentlichen Urkunde die eigenen Wahrnehmungen einer hiezu berufenen Vertrauensperson niedergelegt sein sollten und daß die Anwesenheit der Urkundsperson somit ein Haupterfordernis darstellt. Er zieht dann allerdings nicht die Konsequenzen aus dieser Auffassung, sondern tröstet sich mit dem Gedanken, daß mit der Zeit vielleicht alle Kantone zu dieser Einsicht kommen werden.⁷²⁾

U. E. hat aber ein Kanton, welcher die öffentliche Beurkundung ohne Anwesenheit der Urkundsperson zuläßt, die durch den bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Urkunde gezogenen Grenzen und damit seine Kompetenz bereits überschritten. Die ständerätliche Kommission mag dies übersehen haben, als sie den Kantonen ein Recht einräumte, das diesen vernünftigerweise überhaupt nicht zugestanden werden konnte. Wenn wir den Begriff der öffentlichen Urkunde als ein bundesrechtliches Institut aufrecht erhalten wollen, so ist die Freiheit der Kantone in der Ausgestaltung dieses Instituts eben nur eine beschränkte. Eine andere Lösung wäre widersinnig. Im übrigen ist es aber durchaus verständlich, wenn der Ständerat als Hüter der kantonalen Souveränität einmal über das Ziel hinausschießt und den Kantonen Kompetenzen zuerkennen will, die ihnen nach Lage der Dinge nicht mehr zustehen können.⁷³⁾

⁷¹⁾ Sten. Bull. StR 1931, S. 358.

⁷²⁾ Beyli in SchwAG X, S. 4.

⁷³⁾ Vgl. Siegwart, Art. 637, N. 6.

3. Das Aufsetzen der Urkunde

Gemäß BRB vom 8. Juli 1919 mußte die Urkunde durch die Urkundsperson selber aufgenommen werden. Auch die Regelung dieser Materie steht nunmehr wieder den Kantonen zu, welche aber bei der Aufstellung ihrer Vorschriften an die oben erwähnten Schranken gebunden sind. Auch hier stellt sich die Frage, ob eine ausdrückliche Bestimmung, daß die Urkunde nicht von der Urkundsperson selber abgefaßt werden müsse, bundesrechtswidrig sei. Im Gegensatz zum Erfordernis der Anwesenheit ist dies wohl zu verneinen, denn grundsätzlich spielt es keine Rolle, wer die Urkunde aufsetzt, vorausgesetzt, daß die Urkundsperson ein genügendes Erinnerungsvermögen besitzt, um die von einer andern Person aufgesetzte Urkunde auf ihre Richtigkeit überprüfen zu können.⁷⁴⁾ Es muß dem Pflichtbewußtsein der Urkundsperson überlassen werden, daß nur unter dieser Voraussetzung die Arbeit delegiert wird.

Enthält das kantonale Recht keine ausdrückliche Bestimmung über diese Materie, so hat die Urkundsperson die Urkunde selber abzufassen.

4. Das Unterzeichnen der Urkunde

Selbstverständlich muß die Urkunde in erster Linie von der Urkundsperson unterzeichnet werden. Dies allein würde den minimalen Anforderungen genügen. Es empfiehlt sich aber, daß noch jemand im Namen der Versammlung die Urkunde unterschreibt, z. B. der Präsident, der Protokollführer oder die Verwaltung.⁷⁵⁾

§ 11

Der Eintrag im Handelsregister

I. Der Zweck des Handelsregistereintrages

Um eine Formvorschrift verstehen und richtig interpretieren zu können, müssen wir uns über den Zweck im klaren sein, den sie verfolgt. Dies ist besonders beim Handelsregistereintrag von Bedeutung, da diesem weitgehend wirtschaftliche Momente zu Grunde liegen, aus denen heraus sich das ganze Institut erklären läßt.

Die wichtigste Funktion des Handelsregistereintrages besteht darin, Drittpersonen, welche ein Interesse daran haben, über die

⁷⁴⁾ Siegwart, Art. 637, N 8.

⁷⁵⁾ Siegwart, Art. 637, N 8.

Verhältnisse eines kaufmännischen Unternehmens *aufzuklären*. Dieses Bedürfnis nach Offenkundigkeit ist um so größer, je umfangreicher das Unternehmen und je weniger über die einzelnen Beteiligten bekannt ist, am größten also bei der A.G., wo die Anonymität der Gesellschaft geeignet wäre, unlauteren Machenschaften Vor-schub zu leisten. Die Gesellschaft soll nicht Veränderungen vornehmen können, ohne daß Drittpersonen, besonders Gläubiger, denen aus diesen Veränderungen ein Nachteil erwachsen könnte, davon erfahren. So ist gemäß Art. 647 auch jede Änderung der Statuten ins Handelsregister einzutragen.

Wir werden jedoch im folgenden sehen, daß es sich beim Handelsregistereintrag hinsichtlich seiner Bedeutung um ein sehr vielseitiges Problem handelt und daß neben der erwähnten hauptsächlichsten Funktion das Handelsregister noch verschiedene andere erfüllt.

II. Die Bedeutung des Handelsregistereintrages

1. Die Wirkungen des Handelsregistereintrages im allgemeinen

Die Wirkungen des Handelsregistereintrages können mannigfaltig und von Fall zu Fall verschieden sein. Es ist nicht immer leicht, sie auf Grund des Gesetzes klar zu bestimmen, da verschiedene Dinge ineinander greifen.

Die geringsten Wirkungen äußert der Handelsregistereintrag, wenn er lediglich *deklaratorischer Natur* ist. Er dient in diesem Falle nur als Ordnungsmittel oder Beweisdokument.⁷⁶⁾

Die nächste Stufe besteht darin, daß durch den Eintrag die Wirkungen gegenüber Drittpersonen in besonderer Weise geregelt werden. Wir sprechen hier von sog. *Publizitätswirkung*⁷⁷⁾. U. E. sollte dabei allerdings unterschieden werden zwischen einer absoluten und einer relativen Publizitätswirkung. Eine absolute läge dann vor, wenn ein Beschluß vor der Eintragung Dritten gegenüber schlechthin keine Wirkungen äußern könnte, wohingegen die relative eine Wirksamkeit grundsätzlich nicht ausschließt, hinsichtlich dieser Wirksamkeit jedoch eine bestimmte Beweisregelung aufstellt, wie dies z. B. in Art. 933 der Fall ist.

⁷⁶⁾ Hls. Art. 933, N 3/4; Plangg, S. 15.

⁷⁷⁾ Hls, Art. 933, N 6; Plangg, S. 16 ff.

Von *konstitutiver Wirkung* des Handelsregistereintrages wird dann gesprochen, wenn eine Tatsache vor dem Eintrag schlechthin keine Wirkungen äußert.⁷⁸⁾ Der Handelsregistereintrag kann hier als die letzte Stufe einer Reihenfolge von Rechtsakten aufgefaßt werden, die zur vollen Gültigkeit und Wirksamkeit des Beschlusses nötig sind. Nun stellt freilich die Abstimmung in der Generalversammlung bei der Entstehung eines Beschlusses den weitaus bedeutsamsten Akt dar. Wir müssen daher den Beschluß schon in diesem Zeitpunkt als vorhanden betrachten und daraus folgern, daß er nur durch *contrarius actus*, d. h. durch eine neue Abstimmung in der Generalversammlung (eventuell durch eine neue Statutenänderung) wieder beseitigt werden kann. Vor der Eintragung beim Handelsregister liegt daher ein sog. bedingt gültiger Beschluß vor, d. h. die volle Gültigkeit und Wirksamkeit tritt ein mit der Erfüllung der Bedingung, dem Registereintrag.⁷⁹⁾

Schließlich kann der Registereintrag eine sog. *heilende Wirkung* haben, d. h. der eingetragene Tatbestand wird in der registrierten Form rechtsgültig.⁸⁰⁾ Auch diese heilende Wirkung kann eine absolute oder relative sein, indem durch den Eintrag entweder alle denkbaren Mängel geheilt werden, oder nur solche, die nicht allzuschwer wiegen, wie z. B. in Art. 643, Abs. 2 und 3.⁸¹⁾

Diese hier im einzelnen aufgezeigten Wirkungen können auch kumulativ vorkommen. So ist beispielsweise in Art. 643 die konstitutive mit der heilenden Wirkung verbunden. Auch mit der Publizitätswirkung kann eine heilende Wirkung verbunden sein, indem gutgläubigen Dritten gegenüber auch ein Eintrag, dem die Rechtsgültigkeit fehlt, als gültig betrachtet wird. Die heilende Wirkung kommt hier also nicht dem Eintrag als solchem zu gute — dieser bleibt nach wie vor ungültig —, sondern bestimmten, auf dieser ungültigen Tatsache basierenden Rechtsgeschäften. Wir sprechen hier vom sogenannten positiven öffentlichen Glauben des Registers.⁸²⁾

⁷⁸⁾ His, Art. 933, N 7; Plangg, S. 15.

⁷⁹⁾ SchwAG VII, S. 46.

⁸⁰⁾ His, Art. 933, N 8; Plangg, S. 15/16.

⁸¹⁾ Plangg, S. 16.

⁸²⁾ Plangg, S. 18.

2. Die Wirkungen beim statutenändernden Beschluß

Anhand des positiven Rechtes und der Praxis soll hier untersucht werden, welchen Einfluß der Handelsregistereintrag auf die Gültigkeit und die Wirkungen eines statutenändernden Beschlusses ausübt, d. h. welche der allgemeinen handelsregisterlichen Wirkungen beim Eintrag einer Statutenänderung in Erscheinung treten.

Das Gesetz bestimmt in Art. 647, Abs. 2, daß der statutenändernde Beschluß von der Verwaltung beim Handelsregisteramt angemeldet und auf Grund der entsprechenden Ausweise dort eingetragen werden muß. Gemäß Absatz 3 wird der Beschluß auch Dritten gegenüber unmittelbar mit der Eintragung wirksam. Diese beiden letzten Absätze von Art. 647 stellen Spezialnormen zu den allgemeinen handelsregisterlichen Bestimmungen dar, und zwar der Absatz 2 zu Art. 937 und der Absatz 3 zu Art. 932, Abs. 3.

Art. 932 regelt den Beginn der Wirksamkeit einer Eintragung, und zwar hält er zwei Zeitpunkte auseinander, nämlich erstens das Datum der Eintragung ins Tagebuch und zweitens das Datum des ersten Werktages, der auf die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt folgt.⁸³⁾ Absatz 2 bestimmt, daß der Zeitpunkt des ersten Werktages nach der Veröffentlichung im Handelsamtsblatt maßgebend sein soll für den Beginn der Wirksamkeit gegenüber Dritten, wobei aber gemäß Absatz 3 besondere gesetzliche Vorschriften die Wirksamkeit Dritten gegenüber unmittelbar mit der Eintragung eintreten lassen können. Aus dem Wortlaut des Absatz 2 folgert His durch argumentum e contrario, daß das Datum des Tagebucheintrages für den Beginn der internen Wirksamkeit maßgebend sei.⁸⁴⁾ Diese Schlußfolgerung wird bestärkt durch die Formulierung in Abs. 3, daß die besondern gesetzlichen Vorschriften vorbehalten bleiben, „nach denen unmittelbar mit der Eintragung *auch* Dritten gegenüber Rechtswirkungen verbunden sind oder Fristen zu laufen beginnen“. Daraus kann in der Tat nur der Schluß gezogen werden, daß in der Regel die internen Wirkungen mit der Einschreibung der Anmeldung ins Tagebuch und die externen mit dem auf die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt folgenden Werktag beginnen.

⁸³⁾ His, Art. 932, N 111.

⁸⁴⁾ His, Art. 932, N 112.

Damit ist aber noch nicht gesagt, welcher Art diese Rechtswirkungen sind. Diese Frage ist in Art. 933 geregelt. Gemäß dieser Bestimmung bestehen die Wirkungen im allgemeinen darin, daß niemand einwenden kann, er habe eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt, und daß eine entgegen der Vorschrift nicht eingetragene Tatsache einem Dritten nur entgegengehalten werden kann, wenn bewiesen wird, daß sie diesem bekannt war. Es liegt also im Sinne unserer obigen Ausführungen eine sogenannte relative Publizitätswirkung vor, d. h. eine im Register einzutragende Tatsache kann vor der Eintragung wirksam werden, sofern bewiesen wird, daß sie einem Dritten bekannt war. Die Wirkung des Handelsregisters besteht in diesem Fall in einer besondern Beweisregelung. Nun ist jedoch die Publizitätswirkung im internen Verhältnis nicht von Bedeutung. Intern spielt vor allem die konstitutive Wirkung eine Rolle: doch ist dieser Begriff in den allgemeinen Bestimmungen über das Handelsregister nicht zu finden. Wenn wir also annehmen, der Art. 932 regle den Beginn der Wirksamkeit für das interne Verhältnis mit der Einschreibung der Anmeldung ins Tagebuch, so kann sich das nur auf Rechtsakte beziehen, für welche der Handelsregistereintrag konstitutive Bedeutung hat. Dies ist aber im allgemeinen, wie uns Art. 933 zeigt, nicht der Fall. Die konstitutive Wirkung ist vielmehr an einzelnen bestimmten Orten im Gesetz ausdrücklich erwähnt, wie z. B. in Art. 643 für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit. Dieser Artikel stellt somit im Verhältnis zu Art. 933 eine Spezialbestimmung dar.

Für uns stellt sich nun die weitere Frage, ob der Registereintrag für eine Statutenänderung ebenfalls konstitutive Wirkung habe, d. h. ob Art. 647, 2 und 3 analog zu Art. 643 oder einfach in Verbindung mit Art. 932/33 auszulegen ist. His ist der Auffassung, daß konstitutive Wirkung anzunehmen sei⁸⁵⁾; doch gibt er leider keine Begründung an, obwohl sich das kaum aus dem Wortlaut ableiten läßt.

Nun wäre es natürlich müßig, sich darüber zu streiten, ob konstitutive Wirkung vorliege oder nicht, solange keine Klarheit besteht, was diese im konkreten Fall bedeutet. Praxis und Literatur vertreten heute die Auffassung, daß Statutenänderungsbeschlüsse

⁸⁵⁾ His, Art. 937, N 7; gl. M. v. Steiger, AG, S. 274.

schon vor der Eintragung im Handelsregister im Innenverhältnis Wirkungen zeitigen können.⁸⁶⁾ Auch v. Steiger ist dieser Ansicht, sagt aber trotzdem, die Eintragung der Statutenänderung im Handelsregister habe konstitutive Bedeutung.⁸⁷⁾

Es fragt sich nun, ob eine solche Auffassung überhaupt haltbar sei, d. h. ob nicht die Annahme konstitutiver Wirkung grundsätzlich eine Wirksamkeit des Beschlusses vor Eintrag im Handelsregister ausschließe. Um abzuklären, ob bei Statutenänderungen der Eintrag im Handelsregister konstitutive Wirkung habe und wie sich eine Wirksamkeit im Innenverhältnis schon vor der Eintragung damit in Einklang bringen läßt, bedarf es einer eingehenden Betrachtung der grundsätzlichen Linien des Handelsregistereintrages.

Wie wir schon weiter oben angedeutet haben, sind beim Registereintrag privatrechtliche und öffentlichrechtliche Momente eng verflochten. Sein Hauptzweck ist privatrechtlicher Natur: es soll den Interessen des kaufmännischen Verkehrs dadurch gedient werden, daß bestimmte wichtige Tatsachen über ein Unternehmen öffentlich bekanntgegeben werden. Daneben bedient sich aber auch der Staat des Handelsregisters zu öffentlichrechtlichen Zwecken. Er benützt es vor allem, um die kaufmännischen Unternehmen in gewisser Hinsicht zu überwachen. Das Handelsregister hat daher sehr verschiedene Funktionen zu erfüllen.

Seine Hauptfunktion liegt ohne Zweifel in der Publizitätswirkung gemäß Art. 933 und ist somit privatrechtlicher Natur. Öffentlichrechtliche Funktionen erfüllt das Handelsregister durch seine Wirkungen in Verbindung mit der Prüfungsbefugnis des Registerbeamten. Je nach der Wirkung, mit welcher der Registereintrag ausgestattet ist, besitzt der Staat die Möglichkeit, in mehr oder weniger wirksamer Weise die erwähnte Ueberwachung durchzuführen. Hat der Eintrag konstitutive Wirkung, so bedeutet die Ablehnung durch den Registerführer, daß ein Beschluß überhaupt nicht zur vollen Gültigkeit gelangt, während bei der Publizitätswirkung durch die Verweigerung des Eintrages seine Wirksamkeit stark beschränkt wird.

⁸⁶⁾ BGE 60, I, 385; v. Steiger, AG, S. 273; Schucany, Art. 647, N 6; Siegwart, Art. 647, N 12.

⁸⁷⁾ v. Steiger, AG, S. 274.

Die Prüfungspflicht des Registerführers steht ebenfalls im Dienste privater und öffentlicher Interessen. Es liegt einerseits im Interesse des kaufmännischen Verkehrs, daß im Handelsregister keine Beschlüsse eingetragen werden, die doch nie Rechtsgültigkeit erlangen können (z. B. nichtige Beschlüsse), oder daß dort Tatsachen zu finden sind, die der Wahrheit nicht entsprechen; und andererseits hat der Staat ein Interesse daran, daß in einem von ihm errichteten und mit besondern Wirkungen ausgestatteten Register keine Eintragungen zu finden sind, die mit seiner Rechtsordnung in Widerspruch stehen. Dies würde sowohl der Rechtsordnung wie auch dem Handelsregister als solchem schädlich sein.

Besondere Bedeutung kommt nun, wie gesagt, der Prüfungspflicht des Registerführers bei Eintragungen mit konstitutiver Wirkung zu. Hier tritt auch das öffentlichrechtliche Moment am deutlichsten in Erscheinung. U. E. kann z. B. der Art. 643, Abs. 1 (Erlangung der Rechtspersönlichkeit der A.G.) in Verbindung mit Art. 940 (Prüfungspflicht des Registerführers) als ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt betrachtet werden. Der Staat macht die Entstehung einer A.G. von seiner Genehmigung abhängig, die jedoch erteilt werden muß, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Dem Wesen eines Polizeiverbotes mit Erlaubnisvorbehalt entspricht nicht nur die Ausgestaltung, sondern auch der Zweck der betreffenden Vorschrift. Mit dem Polizeiverbot will der Staat durch vorgängige Prüfung die Entstehung eines polizeiwidrigen Zustandes verhindern, «da gewisse Tätigkeiten geeignet sind, in ganz besonderem Maße schädlich auf das Gemeinwesen einzuwirken, falls gewisse Voraussetzungen nicht erfüllt sind».⁸⁸⁾ An schädlichen Auswirkungen für die Öffentlichkeit würde es ja bei einer schwindelhaft gegründeten A.G. nicht fehlen. Die Behörde, welche die gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen hat, ist der Handelsregisterführer, und der Eintrag im Register stellt die polizeiliche Erlaubnis dar.

Aber auch in dem erwähnten Beispiel spielen neben dem öffentlichrechtlichen Zweck privatrechtliche Interessen eine Rolle. Es ist für die Geschäftsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und Dritten wichtig, den genauen Zeitpunkt der Entstehung der juristischen

⁸⁸⁾ Fleiner, S. 378.

Person zu kennen, dies besonders im Hinblick auf die Haftungsverhältnisse.

Die Frage, ob auch bei statutenändernden Beschlüssen der Registereintrag konstitutive Wirkung habe, ist daher sowohl nach öffentlichrechtlichen wie auch nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Es ist also einerseits der strenge Maßstab des öffentlichen, andererseits der dehnbarere und den Interessen angepaßte des Privatrechtes anzulegen.

Wir haben bereits gesehen, daß die konstitutive Wirkung im öffentlichrechtlichen Sinne mit einem Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt verglichen werden kann, also einen ziemlich intensiven Eingriff in die Privatautonomie darstellt. Gemäß verwaltungsrechtlichem Grundsatz steht denn auch ein solches Verbot unter dem Vorbehalt des Gesetzes: die konstitutive Wirkung müßte somit in Art. 647 erwähnt sein. Das ist aber bekanntlich nicht der Fall. Und trotzdem ist u. E. konstitutive Wirkung anzunehmen, nämlich aus folgender Ueberlegung: Wenn bei der Gründung der Gesellschaft die Entstehung der Rechtspersönlichkeit der Bewilligung bedarf, so ist damit auch die Entstehung der autonomen Satzung als solcher von dieser Bewilligung abhängig gemacht. Daraus läßt sich folgern, daß auch Aenderungen dieser Satzung einer polizeilichen Erlaubnis bedürfen, d. h. daß auch für Statutenänderungen der Handelsregistereintrag konstitutive Wirkungen zeitigt. Diese Analogie rechtfertigt sich vor allem deshalb, weil in der Satzung praktisch sämtliche wichtigen Tatsachen niedergelegt sind, auf die sich die Prüfung bei der Gründung der Gesellschaft erstrecken kann. Die Vorschrift von Art. 643, Abs. 1 würde weitgehend illusorisch, wenn die Satzung nachher beliebig und ohne eingehende Kontrolle abgeändert werden könnte. Wir dürfen daher trotz dem strengen Maßstab, welcher im Bereiche des Verwaltungsrechtes anzulegen ist, den Art. 647, Abs. 2 und 3 mit Art. 643, Abs. 1 in Verbindung setzen und für die Statutenänderung konstitutive Wirkung annehmen.

Dieses Resultat wird bestärkt durch den Wortlaut von Art. 647, Abs. 3. Wir haben schon weiter oben gesehen, daß die Bestimmung, wonach unmittelbar mit der Eintragung *auch* Dritten gegenüber Rechtswirkungen verbunden sind oder Fristen zu laufen beginnen, sich nur auf Rechtsakte beziehen kann, deren Eintragung mit kon-

stitutiver Wirkung verbunden ist, weil bei der bloßen Publizitätswirkung das interne Verhältnis überhaupt keine Rolle spielt. (Vgl. oben S. 83.) Die Formulierung von Art. 647, Abs. 3 deutet daher ebenfalls darauf hin, daß bei Statutenänderungen der Eintrag konstitutive Wirkung habe. Eine andere Bedeutung legt Siegwart dem Worte «auch» bei.⁸⁹⁾

Verschieden von dem Problem der grammatikalischen Auslegung des Absatzes 3 von Art. 647 ist die Frage, weshalb überhaupt bei Statutenänderungen die Wirkungen Dritten gegenüber schon mit dem Eintrag ins Tagebuch beginnen sollen. Daß dem so ist, kann nicht bezweifelt werden, denn der Wortlaut ist in dieser Hinsicht absolut klar. Welche Gründe den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßt haben, ist in der Tat schwer ersichtlich.⁹⁰⁾

Doch nicht nur öffentlichrechtliche Momente, sondern auch private Interessen sprechen für eine konstitutive Wirkung des Register-
eintrages. Vor allem Aktionäre, welche nicht an der Generalversammlung teilgenommen haben, werden es sehr begrüßen, wenn eine Statutenänderung erst mit dem Eintrag ins Handelsregister voll wirksam wird, denken wir nur an den Fall, da eine Gesellschaft ihren Zweck ändert, oder eine ähnliche bedeutsame Statutenänderung vornimmt, die unter Umständen auf den innern Wert der Aktien einen wesentlichen Einfluß ausübt. Aktionäre und Dritte, welche Aktien erwerben wollen, haben in solchen Fällen ein erhebliches Interesse daran, daß der Beschluß möglichst bald beim Handelsregister angemeldet wird. Dem steht nun freilich das Interesse der Gesellschaft gegenüber, sofort, d. h. schon vor dem Eintrag im Handelsregister, auf Grund der abgeänderten Statuten handeln zu können, und zwar vollgültig und vollwirksam. Dieses Interesse der Gesellschaft vermag jedoch die entgegenstehenden oben erwähnten Interessen von Aktionären und Dritten nicht aufzuwiegen, besonders wenn wir bedenken, daß es ja die Gesellschaft selber in der Hand hat, durch eine speditive Erledigung des Registereintrages die volle Gültigkeit und Wirksamkeit des Beschlusses in kurzer Zeit zu erreichen.

⁸⁹⁾ Siegwart (Art. 647 N 13) ist der Auffassung, das Wort „auch“ dürfe nicht dahin ausgelegt werden, daß die Wirkungen nach innen ebenfalls vom Eintrag abhingen sollen.

⁹⁰⁾ Siegwart Art. 647, N 13.

Wir gelangen somit zum Resultat, daß sowohl öffentlichrechtlich wie privatrechtlich betrachtet für Statutenänderungen die konstitutive Wirkung zu bejahen ist.

Das schließt nun aber nicht aus, daß trotzdem eine Gesellschaft schon vor dem Eintrag beim Handelsregister auf Grund der abgeänderten Statuten handeln kann.⁹¹⁾ Wir haben oben gesehen (vgl. S. 81), daß bei konstitutiver Wirkung der Handelsregistereintrag in der Reihe von Rechtsakten, von denen jeder zur vollen Gültigkeit und Wirksamkeit des Beschlusses nötig ist, den letzten darstellt, daß aber schon nach der Abstimmung in der Generalversammlung von einem bedingt gültigen und bedingt wirksamen Beschluß gesprochen werden kann. So wie dem Beschluß selbst können auch den auf ihm basierenden Rechtsakten bedingte Gültigkeit und Wirksamkeit zukommen: Bedingung ist immer der nachfolgende Eintrag des Beschlusses ins Handelsregister.⁹²⁾ Von einer Gefährdung der Rechtssicherheit durch diese bedingte Wirksamkeit kann kaum die Rede sein, denn es handelt sich ja ausschließlich um das interne Verhältnis, und die Gesellschaft selber hat es in der Hand, für einen baldigen Eintrag zu sorgen.

Die Pflicht zur Eintragung eines Beschlusses entsteht, sobald dieser in rechtsgültiger Weise von der Generalversammlung gefaßt worden ist, und sie besteht solange fort, als nicht durch *contrarius actus*, d. h. durch einen erneuten Beschluß der frühere wieder rückgängig gemacht und der alte Zustand wieder hergestellt ist.

Bei Nichterfüllung der Eintragungspflicht hat der Handelsregisterführer gemäß Art. 943 mit Ordnungsbuße gegen die Fehlbaren einzuschreiten, und gemäß Art. 941 ist er verpflichtet, die Eintragungen nötigenfalls von Amtes wegen vorzunehmen. Diese beiden Sanktionen setzen jedoch voraus, daß er von dem Beschluß der Gesellschaft Kenntnis hat, was aber gerade bei kleinen Gesellschaften, wo schuldhafte Nichtanmeldungen am häufigsten vorkommen dürften, nicht der Fall ist. Praktisch erweist sich daher die konstitutive Bedeutung des Registereintrages als das wirksamste Mittel, um eine Gesellschaft zur Anmeldung einer Statutenänderung zu veranlassen.

⁹¹⁾ BGE 55, II, 106; BGE 60, I, 385; SchwAG VII, S. 46.

⁹²⁾ Vgl. dazu v. Steiger, Prüfung, S. 63; BGE 55, II, 106.

Wir können somit sagen, daß eine Aenderung des Gesellschaftsstatuts erst mit dem Eintrag im Handelsregister erfolgt. Wollte man annehmen, der Registereintrag sei lediglich Voraussetzung für die Wirksamkeit nach außen einer bereits rechtsgültig bestehenden Statutenänderung, so ergäbe sich die unerfreuliche Situation, daß die Gesellschaft nach innen unter einem andern Statut leben würde als nach außen.⁹³⁾ Nun kann natürlich niemand der Gesellschaft verbieten, schon vor der Eintragung eines Beschlusses diesem entsprechend zu handeln. Es wäre aber sicher falsch, deswegen einen solchen noch nicht eingetragenen Beschluß als intern gültige Satzung betrachten zu wollen. Er kann aber auch nicht einem einfachen Generalversammlungsbeschluß gleichgestellt werden, der nachträglich durch den Eintrag im Handelsregister statutenändernde Qualität erhält. Wie wir oben gesehen haben (vgl. S. 8 ff.), können gewisse Beschlüsse nur Gültigkeit erlangen, wenn sie in die Statuten aufgenommen werden.⁹⁴⁾ Es sind dies jene Beschlüsse, welche der Gesetzgeber für so wichtig erachtete, daß er ihnen nur dann Verbindlichkeit zukommen lassen wollte, wenn sie allgemein bekanntgemacht würden (OR Art. 626 und 627). Dieses Ziel des Gesetzgebers würde aber verfehlt, wenn die Gesellschaft die Möglichkeit hätte, eine «geheime», interne Satzung aufzustellen, die von der im Handelsregister eingetragenen abweicht.

Dem verständlichen und nachweisbar vorhandenen Bedürfnis der Gesellschaft, schon vor dem Eintrag auf Grund eines eintragungspflichtigen Beschlusses handeln zu können, wird genügend Rechnung getragen, wenn solche Handlungen stillschweigend zugelassen werden. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß

⁹³⁾ BGE 50, II, 179 ff.; 55, II, 106.

⁹⁴⁾ Nicht als Statutenänderungsbeschluß ist u. E. der Beschluß auf Vornahme einer Kapitalerhöhung zu betrachten. Es handelt sich dabei wohl eher um einen gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß, welcher bestimmt, es seien die nötigen Vorbereitungen zur Durchführung einer Kapitalerhöhung in Angriff zu nehmen. Es handelt sich dabei um einen vollgültigen Beschluß, welcher den Verwaltungsrat zu den entsprechenden Handlungen verpflichtet. Statutenändernd ist dann erst jener Beschluß, der feststellt, daß die nötigen Einzahlungen vorgenommen und damit die Kapitalerhöhung vollzogen ist. (Anderer Meinung ist Schucany in seinem Kommentar zu Art. 650, N 6.) Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß schon der erste Beschluß als Kapitalerhebungsbeschluß zu gelten hat, dies vor allem im Hinblick auf Quorumsbestimmungen für Kapitalerhöhungen.

es sich bei dem ihnen zugrunde liegenden Beschluß nur um einen bedingt gültigen handelt. Als solcher kann er natürlich angefochten werden, womit den auf ihm basierenden Handlungen der Boden entzogen wird. Um die Interessen der Gesellschaft zu wahren, wäre ihr im Falle einer solchen Anfechtungsklage u. E. eine Frist anzusetzen zur Eintragung des Beschlusses, und erst nach unbenütztem Ablauf dieser Frist hätte die Ungültigkeitserklärung zu erfolgen. Aber auch wenn die Eintragung nachträglich vorgenommen würde, bliebe immer noch die Möglichkeit, gegen die Gesellschaft oder gegen einzelne Verwaltungsratsmitglieder auf Grund von Art. 754 eine Schadenersatzklage anzustrengen wegen versäumter Eintragungspflicht.

Man könnte sich fragen, ob nicht das Handeln auf Grund eines nur bedingt gültigen Beschlusses zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit führe. Solche Befürchtungen sind aber deshalb nicht am Platz, weil ja dem Beschluß mangels Eintrag im Handelsregister jegliche Publizitätswirkung fehlt, d. h. er ist überhaupt nur intern bekannt. Die Aktionäre und vor allem der Verwaltungsrat kennen auch seine Mangelhaftigkeit, und außerdem hat es die Gesellschaft ja in der Hand, durch den Eintrag im Handelsregister den bedingt gültigen Beschluß in eine vollgültige Statutenbestimmung umzuwandeln.

III. Der Vorgang des Eintrages

I. Die Anmeldung

Maßgebend hierfür sind in erster Linie die *Art. 22 ff. der HRegV*. Um die Uebersicht auf diesem Gebiet etwas besser zu gestalten, teilen wir den ganzen Vorgang der Anmeldung in drei Fragen auf:

- a) Wer nimmt die Anmeldung vor?
- b) Wie geht die Anmeldung vor sich?
- c) Welche Rechte und Pflichten besitzen die anmeldenden Personen.

a) Legitimation zur Anmeldung

Gemäß Art. 22, Abs. 2 der HRegV hat bei juristischen Personen die Anmeldung durch die *Verwaltung* zu erfolgen. Besteht diese aus mehreren Personen, so genügt es, wenn der Präsident oder sein

Stellvertreter und der Sekretär oder ein zweites Mitglied des Verwaltungsrates die Anmeldung unterzeichnen.

b) Vorgang der Anmeldung

Die Anmeldung kann *mündlich oder schriftlich erfolgen*. In beiden Fällen hat der Registerführer die Identität der anmeldenden Personen zu prüfen, bei persönlichem Erscheinen anhand eines Identitätsausweises, bei schriftlicher Anmeldung durch beglaubigte Unterschriften (Art. 23 HRegV).

Mit der Anmeldung sind die nötigen *Belege* einzureichen, bei einer Statutenänderung also vor allem die öffentliche Urkunde, eventuell noch die speziellen Belege, welche bei Kapitalveränderungen gefordert werden.

c) Rechte und Pflichten der anmeldenden Personen

Wurde von der Generalversammlung ein Beschluß gefaßt, welcher der Eintragung beim Handelsregister unterliegt, so ist die Verwaltung verpflichtet, die Anmeldung vorzunehmen, auch wenn sie vielleicht dem Beschluß nicht zugestimmt hat.⁹⁵⁾ Die betreffenden Verwaltungsratsmitglieder erfüllen damit nur eine gesetzliche Funktion⁹⁶⁾, und es darf daraus keinesfalls auf eine nachträgliche Zustimmung geschlossen werden.

Kann nun aber dem Verwaltungsrat zugemutet werden, auch die Anmeldung eines *gesetz- oder statutenwidrigen*, d. h. eines ungültigen Beschlusses vorzunehmen, oder darf er dessen Anmeldung verweigern? Ein solches Recht könnte der Verwaltung nicht ohne große Bedenken eingeräumt werden. Die Ungültigkeit eines Beschlusses liegt nicht immer so klar zutage, daß man dem Verwaltungsrat den Entscheid darüber überlassen darf, besonders wenn man bedenkt, daß dessen objektive Sicht oft durch eigene Interessen getrübt sein kann. Es ist zweifellos richtiger, den Richter über die Ungültigkeit eines Beschlusses entscheiden zu lassen und den Verwaltungsrat auf den Weg des privatrechtlichen Einspruches zu verweisen.⁹⁷⁾ Anderer Ansicht ist im deutschen Recht Brodmann, welcher dem Vorstand die Pflicht auferlegen will, die Anmeldung nicht

⁹⁵⁾ Vgl. SchwAG VI, S. 121.

⁹⁶⁾ Vgl. SchwAG VI, S. 66.

⁹⁷⁾ Vgl. SchwAG VI, S. 66 und BGE 60, I, 384.

tiger Beschlüsse überhaupt und diejenige anfechtbarer bis nach Ablauf der Anfechtungsfrist zu verweigern.⁹⁸⁾ Eine solche Regelung birgt aber unverkennbar die Gefahr in sich, daß der Vorstand diese Kompetenz mißbräuchlich verwendet. Wenn man ihn auch zur Eintragung zwingen kann, so hat er doch die Möglichkeit, ungerechtfertigte Aufschiebungen zu erlangen.

IV. Die Prüfungsbefugnis des Registerführers

1. Allgemeines

Die grundsätzliche Bedeutung der Prüfungsbefugnis des Registerführers sowohl in privatrechtlicher als auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht haben wir weiter oben dargelegt (vgl. S. 84 ff.). Hier wollen wir noch den Umfang dieser Prüfungspflicht etwas näher betrachten, wobei auch das sehr summarisch zu geschehen hat.⁹⁹⁾

Nach Art. 940 OR hat der Registerführer vor jeder Eintragung zu prüfen, ob hierfür die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien, bei juristischen Personen vor allem, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen. Art. 21 der HRegV verlangt sogar, daß zu prüfen sei, ob die Voraussetzungen nach *Gesetz und Verordnung* erfüllt seien. Dieser Zusatz ist u. E. allerdings nur statthaft, soweit die in einer VO aufgestellten Voraussetzungen den Rahmen des Gesetzes nicht überschreiten.

Obwohl das Marginale des Art. 940 von der Prüfungspflicht spricht, ist doch im allgemeinen von der Prüfungsbefugnis des Registerführers die Rede, dies deshalb, weil Streitigkeiten meist dann entstehen, wenn der Registerführer eine Eintragung verweigert. Ob sich die Begriffe Prüfungspflicht und Prüfungsbefugnis decken, d. h. ob die Befugnis zur Prüfung nur soweit gehe, als auch eine Pflicht dazu besteht, ist eine ziemlich heikle Frage. Verhältnismäßig leicht ist sie zu beantworten für die öffentlich-rechtlichen Funktionen des Registerführers. Gemäß verwaltungsrechtlichem Grundsatz

⁹⁸⁾ Brodmann, § 277, Anm. 2 a.

⁹⁹⁾ Vgl. dazu die Arbeit von Rudolf Stokar: „Kognitionspflicht und Verantwortlichkeit der Urkundsperson bei ihrer Tätigkeit in der A.G.“. Diss. Zürich 1947.

kann dieser zu keinen Handlungen berechtigt sein, ohne daß er gleichzeitig auch dazu verpflichtet ist. Dies ergibt sich aus dem Prinzip von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Etwas schwieriger erscheint das Problem, wenn wir es von der privatrechtlichen Seite her betrachten. Wir werden weiter unten darauf zurückkommen. (Vgl. S. 98 ff.)

Die Frage nach dem Umfang der Prüfungsbefugnis läßt sich in zwei Teile aufspalten. Wir können einerseits fragen, welche Gegenstände der Prüfungsbefugnis unterliegen, und andererseits, welche Prüfungshandlungen der Registerbeamte vornehmen darf. Wir fragen also das einmal, *was* zu prüfen sei und das anderemal, *wie* zu prüfen sei. Der Sinn dieser Unterscheidung wird sofort klar, wenn wir bedenken, daß die Mängel, auf die sich die Prüfung erstrecken sollte, nicht immer unmittelbar in Erscheinung treten, sondern vielfach erst nach weiteren Untersuchungen feststellbar sind.

Diese beiden Faktoren, aus denen sich die Prüfungspflicht des Registerführers zusammensetzt, sind nun in dem Sinne voneinander abhängig, daß je nach dem Gegenstand der Prüfung die Prüfungshandlung einen mehr oder weniger intensiven Charakter aufweist. Daraus ergibt sich das recht komplexe und in der Praxis leider nicht sehr einheitliche Bild von der Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers.

Der Umfang der Prüfungshandlungen muß deshalb eingeschränkt werden, weil dem Registerführer weder die Durchführung komplizierter Untersuchungen noch die Entscheidung schwieriger juristischer Streitfragen zugemutet werden kann.

Im folgenden werden wir nun die einzelnen Kategorien von Prüfungsgegenständen, so wie sie heute eingeteilt werden, näher betrachten.

2. Die registerrechtlichen Voraussetzungen

Hier faßt unter dem Begriff der registerrechtlichen Voraussetzungen folgende Tatbestände zusammen: Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Registerführers zur Annahme der Anmeldung, die Identität der sich persönlich anmeldenden Personen, die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Urkundsperson, die formelle sach-

liche Zuständigkeit der anmeldenden Person, die formelle Beglaubigung der beglaubigungsbedürftigen Unterschriften, Akten und Uebersetzungen, die Zulässigkeit der Amtssprache, die Erfüllung der sonstigen Formvorschriften für die Anmeldung und Eintragung, die sachliche Eintragungsfähigkeit des Objektes.¹⁰⁰⁾

Hinsichtlich dieser Gegenstände kann dem Registerführer eine strenge Prüfung zugemutet werden¹⁰¹⁾, d. h. er hat verhältnismäßig eingehende Erhebungen zu machen. Immerhin ist auch hier seine Pflicht zu Nachforschungen nicht unbegrenzt, insbesondere, was Tatsachen anbetrifft, welche aus dem ihm vorgelegten Material nicht ohne weiteres hervorgehen. Nun liegt es allerdings in der Natur der Sache, daß sich die Nichterfüllung dieser formellen Voraussetzungen nur schwer verheimlichen läßt, d. h. bei sorgfältiger Prüfung der ihm vorgelegten Akten sollte es dem Registerführer möglich sein, allfällige Mängel zu entdecken. Die zu beanstandenden Formfehler sind von Natur aus offensichtlich und eindeutig, weshalb sie hier als Kriterium der Prüfungspflicht nicht dieselbe Rolle spielen wie bei den nachfolgend zu behandelnden zivilrechtlichen Voraussetzungen. Immerhin ist es denkbar, daß auch ein Formfehler nicht *prima vista* zu entdecken ist, also nicht offensichtlich und eindeutig zutage tritt. Eine Prüfungspflicht ist in solchen Fällen wohl immer dann anzunehmen, wenn dem Registerführer bei sorgfältiger Prüfung ein Entdecken des Mangels zugemutet werden konnte. Weiter dürfen wir mit Rücksicht auf die Haftung des Registerführers die Anforderungen nicht spannen, wenn wir nicht eine reine Kausalhaftung annehmen wollen, was u. E. dem System des Gesetzes nicht entspräche.

3. Die materiellen zivilrechtlichen Voraussetzungen

Hinsichtlich der Mängel auf diesem Gebiet ist sich die Praxis dahingehend einig, daß sie vom Registerführer nur zu beanstanden sind, wenn sie *offensichtlich* und *unzweideutig* zutage treten.¹⁰²⁾ Es besteht keine Prüfungspflicht, wenn bei einer Gesetzesstelle meh-

¹⁰⁰⁾ Hs, Art. 940, N 23—25.

¹⁰¹⁾ Hs, Art. 940, N 23; Siegwart, Art. 640, N 17.

¹⁰²⁾ BGE 67, I, 345; Hs, Art. 940, N 30, 50/53; Siegwart, Art. 640, N 2; SJZ 47, S. 209.

rere Auslegungen möglich sind¹⁰³⁾, oder wenn der Registerführer bloße Zweifel an der rechtlichen Tragweite¹⁰⁴⁾ oder über die Zulässigkeit eines Beschlusses hegt.¹⁰⁵⁾ Ebenso dürfen bloße Widersprüche zur Gerichtspraxis nicht beanstandet werden.¹⁰⁶⁾

Auch hier hält es naturgemäß schwer, eine sichere Grenze zu ziehen, da die Beurteilung der Offensichtlichkeit und Unzweideutigkeit eines Mangels immer eine Bewertungsfrage sein wird. Trotzdem kann in vielen Fällen dieses Kriterium zu brauchbaren Resultaten führen.

Eine Schwierigkeit, die sich kaum beseitigen läßt, besteht darin, daß natürlich die Rechtskenntnis der Registerführer Unterschiede aufweist. Was dem einen infolge einseitiger und oberflächlicher Gesetzesauslegung als rechtlich klar erscheint, wird vielleicht von einem andern als keineswegs eindeutig beurteilt. Diese subjektiven Unterschiede dürfen aber nicht daran hindern, einen objektiven, für alle gleichen Maßstab anzuwenden. Grobe Mißgriffe mit entsprechenden Verantwortlichkeitsfolgen können nur dann vermieden werden, wenn vom Registerführer ein gewisses Minimum an juristischen Kenntnissen verlangt wird, was sicherlich keine übertriebene Forderung darstellt.

Den Gesetzesverletzungen gleichgestellt sind Verletzungen der guten Sitten.¹⁰⁷⁾

4. Die Prüfung der Erfordernisse gemäß HRegV Art. 38

a) Allgemeines

Art. 38 der HRegV verlangt, daß alle Eintragungen in das Handelsregister *wahr* sein müssen, *zu keinen Täuschungen Anlaß geben* und *keinen öffentlichen Interessen widersprechen* dürfen. Während bei allen bisher behandelten Voraussetzungen der Registerführer sein Augenmerk auf Verletzungen der Rechtsordnung zu richten hatte, ist das bei den Erfordernissen des Art. 38 der HRegV nicht der Fall. Nicht Gesetzesverletzungen, sondern Verstöße gegen die

¹⁰³⁾ BGE 67, I, 113/14; 75, I, 326/27.

¹⁰⁴⁾ BGE 60, I, 57.

¹⁰⁵⁾ BGE 60, I, 386.

¹⁰⁶⁾ BGE 56, I, 135.

¹⁰⁷⁾ His, Art. 940, N 42.

Wahrheit oder das öffentliche Interesse sowie Täuschungsmöglichkeit sind hier zu beanstanden. Die einzutragenden Tatsachen brauchen an sich noch keine Rechtswidrigkeit zu enthalten: erst ihre Eintragung ins Handelsregister kann eine solche darstellen, nämlich einen Verstoß gegen Art. 38 HRegV.

b) Wahrheit des Eintrages

Die Aufgabe des Registerführers besteht hier in der *Ueberprüfung von Tatsachen*. Was im Handelsregister eingetragen ist, soll mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Während das Feststellen von Gesetzeswidrigkeiten in erster Linie Rechtskenntnis erfordert, verlangt die Wahrheitserforschung eingehende und oft zeitraubende Untersuchung. Daß dem Registerführer in dieser Hinsicht nicht zuviel zugemutet werden kann, versteht sich von selber. Daher wurde analog zur Ueberprüfung der zivilrechtlichen Voraussetzungen die Haftung des Registerführers auf die Feststellung derjenigen Unwahrheiten beschränkt, welche offensichtlich und unzweideutig erkennbar sind.¹⁰⁸⁾

Damit ist aber noch nicht gesagt, wann der Registerführer Nachforschungen anstellen soll, ob die angemeldeten Tatsachen mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Es wäre zu viel verlangt und würde oft nutzlose Arbeit bedeuten, wollte man in allen Fällen eine eingehende Ueberprüfung verlangen. Die Praxis auferlegt daher dem Registerführer eine Pflicht zur Nachforschung nur dann, wenn er auf Grund der Anmeldungen und Belege *begründete Zweifel* an der Wahrheit der Angaben haben muß.¹⁰⁹⁾ Der Registerführer ist dagegen weder befugt noch verpflichtet, ohne besondere Veranlassung oder auf bloße unbelegte Vermutung hin, von den Anmeldenden einen Nachweis für die Richtigkeit ihrer Erklärungen zu verlangen.¹¹⁰⁾

Es besteht also eine doppelte Schranke für die Prüfungsbefugnis: Einmal darf der Registerführer Nachforschungen nur unternehmen, wenn er dazu Grund hat, und zweitens darf er allfällig festgestellte Unwahrheiten nur dann beanstanden, wenn sie offensichtlich und unzweideutig sind.

¹⁰⁸⁾ Hs., Art. 940, N 46.

¹⁰⁹⁾ Hs., Art. 940, N 47.

¹¹⁰⁾ BGE vom 26. Nov. 35 in ZBGR 29, 3 und SchwAG VIII, S. 993.

c) Das für die Ueberprüfung der Wahrheit Gesagte gilt sinngemäß auch für die Tatbestände der Täuschung und des Widerspruches gegen die öffentlichen Interessen.¹¹¹⁾

5. Statutenverletzungen

Hinsichtlich der Statutenverletzungen ist sich die Praxis einig, daß sie vom Registerführer nicht zu beanstanden sind.¹¹²⁾ Die ganze Frage gehört aber eigentlich in den weitem Rahmen der Ueberprüfung von nichtigen oder bloß anfechtbaren Beschlüssen.¹¹³⁾

6. Nichtige und anfechtbare Beschlüsse

Daß nichtigen Beschlüssen vom Registerführer der Eintrag zu verweigern ist, leuchtet ohne weiteres ein, denn diese werden ja nie Gültigkeit erlangen und sollen daher auch nicht im Register stehen.

Schwieriger wird die Sache bei Beschlüssen, die bloß anfechtbar sind. Hier stehen grundsätzlich zwei Wege offen: Entweder beachtet der Registerführer die Ungültigkeit gar nicht und trägt den Beschluß wie einen gültigen ein, wobei er allerdings riskiert, den Eintrag im Falle einer erfolgreichen Anfechtung wieder löschen zu müssen, oder aber der Registerführer verweigert die Eintragung so lang, bis die Anfechtungsfrist abgelaufen ist. Länger darf die Eintragung in keinem Fall verweigert werden. Welcher Weg ist nun zu wählen?

Zwei Erwägungen vor allem weisen auf die zuerst genannte Lösung hin. Diese besitzt nämlich den Vorzug, daß der Handelsregisterführer die angemeldeten Beschlüsse überhaupt nur auf Nichtigkeit zu prüfen hat, während er im andern Fall auch zwischen vollgültigen und anfechtbaren Beschlüssen zu unterscheiden hätte. Im weitem scheint es dem Begriff der Anfechtbarkeit eher angemessen, wenn ein solcher Beschluß bis zur Erhebung einer Anfechtungsklage volle Wirkungen zeitigt. Dies wäre aber bei einer Suspendierung des Eintrages nicht der Fall, was einer verschärften Sanktion für anfechtbare Beschlüsse gleichkäme, die sich in keiner Weise rechtfertigen ließe. Als Nachteil erscheint bei dieser Lösung die eventuell nötig werdende Löschung eines erfolgreich angefochtenen Beschlusses.

¹¹¹⁾ Vgl. His, Art. 940, N 49—54.

¹¹²⁾ BGE 62, I, 25; SJZ 25, 201; SchwAG VIII, S. 188; v. Steiger, Prüfung, S. 63; Siegwart, Art. 640, N 2, Einl. N 294.

¹¹³⁾ SchwAG XII, S. 177 ff.

ses. Doch wiegt dieser Nachteil deshalb nicht sehr schwer, weil bei den anfechtbaren Beschlüssen in der Mehrzahl aller Fälle eine Anfechtung unterbleibt. Die Prüfungsbefugnis hinsichtlich solcher Beschlüsse ist daher zu verneinen.

Damit ist allerdings die schwierigste Klippe noch nicht umschifft, denn nun gilt es zu entscheiden, was ein nichtiger und was ein anfechtbarer Beschluß ist. Auf diese Frage näher einzutreten, ist begreiflicherweise nicht möglich: wir müssen uns mit einigen Hinweisen auf das Wesentlichste begnügen.

Wenn v. Steiger die Auffassung vertritt, daß alle jene Beschlüsse nicht der Prüfungsbefugnis unterliegen, die gegen die Statuten oder gegen formelle und materielle Erfordernisse dispositiven Rechtes verstoßen, so nimmt er wohl an, daß die Grenze zwischen zwingendem und nicht zwingendem Recht für den Registerführer praktisch das brauchbarste Merkmal darstelle.¹¹⁴⁾ Ob Verstöße gegen zwingendes Recht Nichtigkeit und solche gegen dispositives Anfechtbarkeit zur Folge haben, ist damit allerdings noch nicht gesagt. Bekanntlich wird im Interesse der Rechtssicherheit immer wieder das Postulat nach einer möglichst weitgehenden Einschränkung der Nichtigkeitsfälle aufgestellt und als Kriterium für die Nichtigkeit der Verstoß gegen das öffentliche Interesse vorgeschlagen.¹¹⁵⁾ Wenn dies auch vielleicht keine endgültige Lösung des Problems darstellt, so tendiert doch die Entwicklung in dieser Richtung.

Auf alle Fälle kann aber dem Handelsregisterführer nicht zugemutet werden, lange Untersuchungen über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit anzustellen; das ist Aufgabe der Gerichte. Für den Registerführer muß auch in dieser Beziehung gelten, daß er Nichtigkeit nur dort anzunehmen hat, wo diese *offensichtlich und unzweideutig* zutage tritt.

Eine gewisse Zurückhaltung in seiner Prüfungsbefugnis ist dem Registerführer auch aus grundsätzlichen Überlegungen geboten. Das Handelsregister stellt vorwiegend ein privatrechtliches Institut dar und soll daher seine Aufgabe erfüllen, ohne allzu sehr auf den kaufmännischen Verkehr hemmend zu wirken. Jede Verweigerung

¹¹⁴⁾ v. Steiger, Prüfung, S. 64.

¹¹⁵⁾ Hueck, S. 38; Wieland, S. 104; SchwAG XXIV, S. 24; SJZ 47, S. 209.

eines Eintrages durch den Registerführer, die sich dann in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren als ungerechtfertigt herausstellt, bedeutet für die Gesellschaft einen Zeitverlust, der vielleicht unangenehme Konsequenzen haben kann.

Freilich stehen auch hier dem Interesse der Gesellschaft an einer möglichst weitgehenden Einschränkung der Prüfungsbefugnis des Registerführers die Interessen von Aktionären oder Dritten gegenüber, denen eine möglichst weitgehende Ueberprüfung der Gesellschaftsbeschlüsse angenehm wäre. His vertritt die Auffassung, daß im Interesse einer geordneten Registerführung der Beamte auch dann zur Beanstandung eines Beschlusses befugt sei, wenn er nicht dazu verpflichtet wäre.¹¹⁶⁾ U. E. darf aber eine solche Beanstandung nicht zur Verweigerung des Eintrages führen, sondern sie kann lediglich einen unverbindlichen Hinweis des Registerführers auf die Rechtswidrigkeit des Beschlusses darstellen. Die Hauptfunktion des Handelsregisters besteht schließlich darin, Rechtstatsachen der Oeffentlichkeit kundzutun und es dem Interessenten zu ermöglichen, sie ohne Schwierigkeiten zu überprüfen. Es ist dagegen nicht Aufgabe des Handelsregisters, an Stelle der Privaten diese Prüfung selber vorzunehmen. Dies hat nur in den oben dargestellten, eng umschriebenen Grenzen zu geschehen.

¹¹⁶⁾ His, Art. 940, N 33.

ANHANG

Zur Auslegung von Formvorschriften

§ 12

Der besondere Charakter der Formvorschrift

Wie wir oben (S. 19 ff.) gesehen haben, regeln Formvorschriften das Verfahren, welches bei der Schaffung, der Aufhebung oder Abänderung einer Rechtsnorm einzuhalten ist.¹⁾ Sie leiten das Rechtsleben in bestimmten Bahnen. Der besondere Charakter der Formvorschriften wird uns aber erst klar, wenn wir nach den Zwecken fragen, die sie verfolgen. Bei dieser teleologischen Betrachtungsweise lassen sich *zwei Hauptgruppen* bilden: nämlich Formvorschriften, die dem *Schutze irgendwelcher Interessen* und solche, welche der *Beweissicherung* dienen. Eine und dieselbe Formvorschrift kann nun allerdings beide Elemente in sich vereinigen, d. h. gleichzeitig verschiedenen Zwecken dienen, wie dies beispielsweise bei der öffentlichen Beurkundung bestimmter Verträge der Fall ist, wo einerseits die Parteien vor Uebereilung geschützt und andererseits ein sicheres Beweisstück für den Abschluß des Vertrages geschaffen werden soll. Dasselbe ist bei der öffentlichen Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses der Fall. Hier soll einerseits eine sichere Grundlage für den Eintrag beim Handelsregister erreicht und andererseits gleichzeitig eine richtige Abwicklung der Geschäfte in der Generalversammlung garantiert werden. *Selten verfolgt eine Formvorschrift nur einen einzigen Zweck*, sondern meistens sind es verschiedene Ziele, die sie anstrebt, wenn auch die einen vielleicht von hauptsächlicher und die andern von nebensächlicher Bedeutung sind. So steht beim Eintrag ins Handelsregister die Publizitätswirkung zweifellos im Vordergrund; daneben ver-

¹⁾ Wobei der Begriff Rechtsnorm im weitesten Sinne zu fassen ist, d. h. die Formvorschriften gelten natürlich auch für die Schaffung von Vertragsbestimmungen.

schaft der Registereintrag einer staatlichen Behörde die Möglichkeit, eine gewisse Kontrolle über die wichtigen Vorgänge in einer Gesellschaft auszuüben.

Es steht außer Zweifel, daß Formvorschriften auf den Gang des Rechtslebens *hemmend* wirken; dies ist zum Schutze der verschiedensten Interessen notwendig. Jede Bremswirkung wird aber als unangenehm empfunden, weshalb man immer wieder versucht, die Formvorschriften zu umgehen. Dieser Tendenz wirkt der Staat entgegen, indem er die Nichteinhaltung einer Formvorschrift mit bestimmten *Sanktionen* verbindet. Die Ausgestaltung solcher Sanktionen ist sehr verschieden und richtet sich nach der Bedeutung, welche einer Formvorschrift beigemessen wird. Die Frage nach der Auslegung der Formvorschriften ist daher gleichbedeutend mit jener nach den Voraussetzungen für das Eintreten dieser Sanktionen.

Es würde selbstverständlich zu weit führen, wollten wir das Thema von der Auslegung der Formvorschriften ausführlich behandeln. Wir beschränken uns in der Weise, daß wir lediglich auf einige wesentliche Punkte jener Auslegungsmethode eingehen, die neben der grammatikalischen heute die wichtigste darstellt, nämlich der teleologischen.

§ 13

Besondere Probleme bei der teleologischen Auslegung von Formvorschriften

Da bei Formvorschriften der Zweckgedanke besonders stark im Vordergrund steht, liegt es nahe, bei ihrer Auslegung die teleologische Methode anzuwenden. Ob und eventuell wie weit dies aber statthaft ist, soll anhand einiger Beispiele untersucht werden.

Von obersten Gerichten wurde schon entschieden, daß die Berufung auf einen Formfehler dann nicht zu beachten sei, wenn dies einem *Rechtsmißbrauch*²⁾ oder einem *Verstoß gegen Treu und Glauben gleichkäme*³⁾, ferner, wenn ein Formmangel auf ein Rechts-

²⁾ BGE 53, II, 166: Wenn der Kläger selbst den Formfehler mitverursacht hat, kann er sich nachher nicht darauf berufen. Vgl. auch 50, II, 148.

³⁾ RGZ 112, 115: Wenn sich im Gegensatz zu einer bestehenden Formvorschrift eine langjährige Übung eingebürgert hat, kann die Berufung auf den Formmangel einem Verstoß gegen Treu und Glauben gleichkommen.

geschäft *nachweisbar keinen Einfluß* hatte.⁴⁾ Diese Beispiele zeigen uns, daß auch der Geltung von Formvorschriften Grenzen gesetzt sind, und in den unter Anmerkung 4 erwähnten Beispielen handelt es sich bereits um eine Art teleologischer Auslegung. Bedeutend weiter geht aber die Literatur, wo z. T. gefordert wird, auch die Formvorschriften seien in jedem Fall unter Berücksichtigung ihres Zweckes auszulegen⁵⁾, wobei argumentiert wird, dort, wo der von der Formvorschrift verfolgte Zweck auf andere Art erreicht werde, sei diese überflüssig, und daher könne in solchen Fällen ein Formmangel nicht geltend gemacht werden. So will König z. B. formlose Statutenänderungen zulassen, sofern das nicht gegen den Zweck der Formvorschrift verstoße.⁶⁾

Da die Formvorschriften notwendige Hemmnisse unseres sonst ziemlich freien Rechtslebens sind, erscheint ihre Beseitigung, bzw. Nichtanwendung überall, wo dies möglich ist, als wünschenswert. Was liegt daher näher, als immer dann, wenn der von der Formvorschrift verfolgte Zweck auf andere Art erreicht wird, sie außer Kraft zu setzen? Diese Ueberlegung leuchtet ein, übergeht aber, wie wir im folgenden sehen werden, einen wesentlichen Faktor.

Die Entwicklung des Rechts hat bekanntlich von der starken Formgebundenheit der Frühzeit zu der weitgehenden Formfreiheit von heute geführt. Die Vorteile, welche dies mit sich brachte, sind aber nicht ohne Nachteile erkauft worden. *Die Formfreiheit brachte eine enorme Komplizierung des Beweisverfahrens mit sich.* Jede Verfeinerung und Differenzierung des Rechts kompliziert es gleichzeitig, während das Bestehen eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes verhältnismäßig einfach zu beweisen ist, erfordert der Nachweis eines formfreien Geschäftes oft langwierige Untersuchungen, so daß von den Parteien auch für Rechtsgeschäfte, die von Gesetzes

4) RGZ 90, 208; 103, 7; 110, 197: Die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses unter Berufung auf einen Formmangel ist dann unzulässig, wenn die Nichterfüllung der Formvorschrift nachweisbar auf die Beschlußfassung keinen Einfluß haben könnte. Vgl. auch BGE 50, II, 148: Ein Grundstückskauf kann nicht mehr wegen fehlender öffentlicher Beurkundung angefochten werden, wenn beide Parteien den Vertrag freiwillig erfüllt haben. Vgl. ferner BIZR II, S. 182.

5) Klausing in Zentr.Bl.f.H.R., S. 285; Danz in JW 1914, S. 386.

6) König, S. 113.

wegen formfrei geschlossen werden könnten, meistens die Schriftform gewählt wird. Die Beweissicherung stellt denn auch einen Hauptgrund für das Bestehen vieler gesetzlicher Formvorschriften dar.

Damit ist noch nichts gegen eine teleologische Auslegung der Formvorschriften gesagt, denn auch die Beweisfunktion einer Vorschrift kann natürlich ersetzt werden, indem das Bestehen eines formbedürftigen Rechtsverhältnisses auch auf anderem Wege bewiesen werden kann. Ist in einem solchen Fall die Formvorschrift überflüssig? Eine oberflächliche teleologische Auslegung könnte leicht zu diesem Schlusse gelangen und argumentieren, daß es nur auf die Sicherung des Beweises ankomme, wobei es gleichgültig sei, wie dies geschehe. Gerade an diesem Beispiel zeigt sich aber, welche Gefahren die teleologische Auslegung in sich birgt, wenn man die Dinge oberflächlich betrachtet. Ging es bei der Aufstellung von Formvorschriften zum Zwecke der Beweissicherung dem Gesetzgeber nicht auch darum, daß der *Beweis eindeutig, klar und leicht* zu führen sei? Auch die Art des Beweises ist somit im Zweck der Formvorschrift eingeschlossen, was uns zeigt, daß größte Zurückhaltung geboten ist bei der Ersetzung von Formvorschriften durch andere Beweismittel.

Nun gibt es aber auch Formvorschriften, welche keine Beweissicherung bezwecken, sondern andere Ziele verfolgen, wie dies gerade im Aktienrecht häufig der Fall ist. Z. B. die Bestimmung, daß die Abhaltung einer Generalversammlung den Aktionären von der Gesellschaft bekannt zu geben sei, will erreichen, daß jene mit Sicherheit davon erfahren. Nehmen wir nun an, eine Gesellschaft komme dieser Pflicht zur Bekanntgabe nicht nach, und ein Aktionär fechte nachträglich die Beschlüsse der Gesellschaft an, mit der Behauptung, es wären möglicherweise mehr Aktionäre erschienen, wenn die Bekanntgabe formrichtig erfolgt wäre. Muß in diesem Falle die Anfechtungsklage abgewiesen werden, wenn die Gesellschaft nachweist, daß die nicht erschienenen Aktionäre auf anderem Wege von der Abhaltung der Generalversammlung Kenntnis erlangt hatten? Sind die in der betreffenden Generalversammlung gefaßten Beschlüsse trotz Nichteinhaltung der Formvorschrift gültig, weil der von dieser verfolgte Zweck auf andere Weise erreicht worden ist?

Auch hier könnte eine oberflächliche Betrachtungsweise leicht zur Bejahung dieser Frage führen, was u. E. falsch wäre. Obwohl die erwähnte Formvorschrift nicht um der Beweissicherung willen aufgestellt worden ist, dient auch hier ihre Einhaltung als Beweisgrundlage für den Fall, daß die Gesellschaft beweisen will, die Generalversammlung sei rechtmäßig einberufen worden. Wäre die Formvorschrift eingehalten worden, so hätte die Gesellschaft jeder Anfechtungsklage mit Leichtigkeit entgegentreten können, ja, es wäre in diesem Falle wahrscheinlich gar nicht zu einer solchen gekommen. Der Aktionär hatte sie lediglich erhoben, weil er auf Grund der Nichteinhaltung vermuten konnte, es hätten nicht alle Aktionäre von der Abhaltung der Generalversammlung Kenntnis erhalten. Es lag mit andern Worten nicht klar zutage, ob das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, nämlich die Orientierung aller Aktionäre, auf irgend eine Art erreicht worden sei. Diese unklare Situation hat zur Erhebung einer Anfechtungsklage geführt. Nun ist aber die Schaffung klarer Verhältnisse ein Zweck, der u. E. jeder Formvorschrift stillschweigend innewohnt. Sonst könnte man sich in der Tat fragen, warum der Gesetzgeber nicht einfach den Zweck mitgeteilt und es dem Richter überlassen habe, die geeigneten Anordnungen für den Einzelfall zu treffen.⁷⁾ So hätte der Gesetzgeber beispielsweise in unserem Fall bestimmen können, daß die Beschlüsse einer Generalversammlung nur gültig sein sollen, wenn vorher alle Aktionäre von der Abhaltung dieser Generalversammlung gewußt haben, wobei es dann völlig gleichgültig wäre, auf welchem Wege sie zu dieser Kenntnis gelangt sind. Der Richter hätte lediglich zu prüfen, ob der im Gesetz niedergelegte Zweck erreicht worden sei. Es braucht keine weitgehenden Ueberlegungen, um einzusehen, daß eine solche Regelung viel weniger imstande ist, eine eindeutige Lage zu schaffen, als dies mit Hilfe einer Formvorschrift möglich ist. Es bestünde über Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Beschlusses solange Unsicherheit, als nicht der Richter auf Grund eines Beweisverfahrens festgestellt hätte, daß der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck erreicht sei. Solche Unsicherheiten werden durch die Einführung einer Formvorschrift weitgehend beseitigt.

7) Vgl. Wolff im JW, 1914, S. 121 ff.

Das Problem, wie weit oder wie eng ein Rechtssatz zu fassen sei, durchzieht ja letzten Endes unsere ganze Rechtsordnung. Je *weiter* er gefaßt wird, um so eher können die *Besonderheiten des einzelnen Falles* berücksichtigt werden, während eine *enge* Fassung den Vorteil größerer *Rechtssicherheit* aufweist. Die gleichen Ueberlegungen gelten auch für die Auslegung der Rechtssätze. Eine teleologische Interpretation wird einer differenzierteren Rechtsauffassung zum Durchbruch verhelfen als die bloße Berücksichtigung des Wortlautes. Diese hat dafür den Vorteil größerer Rechtssicherheit für sich. Nun leben wir zwar in einer Zeit, da die Entwicklung einer immer größeren Verfeinerung des Rechtes zustrebt. Wir müssen uns aber bewußt sein, daß nichts auf die Spitze getrieben werden kann und daß dem praktisch Möglichen Grenzen gesetzt sind. Besonders dort, wo vom Gesetzgeber um der Einfachheit und um der Klarheit willen eine formalistische Betrachtungsweise gewollt ist, müssen wir uns davor hüten, diesen unbequem erscheinenden Formalismus durch verfeinerte Auslegungsmethoden beseitigen zu wollen. Die teleologische Methode will daher mit Vorsicht angewandt sein. Das gilt nicht nur im Aktienrecht, sondern auch in andern Rechtsgebieten. Wenn das SchKG beispielsweise die Gläubiger einteilt in solche, die auf dem Wege der Pfändung und in solche, die auf dem Wege des Konkurses betrieben werden, so geschieht das auf Grund eines sehr formalen Kriteriums. Maßgebend für die Konkursbetreibung ist nämlich gemäß Art. 39 SchKG, daß der Betriebene in bestimmter Eigenschaft im Handelsregister eingetragen ist. Mit dieser rein formellen Unterscheidung hat der Gesetzgeber aber einen materiellen Zweck verfolgt: Es sollen Kaufleute, die in der Regel einer größern Anzahl von Gläubigern verpflichtet und auf Kredit angewiesen sind, auf dem speziellen Wege des Konkurses betrieben werden. Nun erfüllen natürlich nicht nur die im Handelsregister eingetragenen Personen diese Voraussetzung, sondern der Begriff des Kaufmanns ist ein viel weiterer, der sich zudem nur schwerlich scharf abgrenzen läßt. Die vom Gesetzgeber getroffene formelle Unterscheidung kann somit zur Folge haben, daß materiell gleiche Tatbestände ungleich behandelt werden; sie bietet aber den Vorteil, daß anhand des formellen Unterscheidungsmerkmals sehr rasch entschieden werden kann, ob das Pfändungs- oder das Konkursverfahren einzuschlagen

sei. Im Interesse einer möglichst sofortigen Abklärung solcher Vorfragen hat der Gesetzgeber die daraus resultierenden Nachteile in Kauf genommen.

Es ließe sich noch eine Menge ähnlicher Beispiele anführen, wo *Klarheit der Situation* oder *Vermeidung eines langwierigen Verfahrens* zur Einführung formeller Elemente geführt hat. *Die Form einer Sache läßt sich leichter erkennen und bestimmen als der Inhalt.*

Damit ist nun keineswegs gesagt, daß Formvorschriften für teleologische Auslegung überhaupt keinen Raum bieten. Gefährlich ist lediglich die oberflächliche Betrachtungsweise, welche dazu führen kann, daß nur der Hauptzweck einer Vorschrift beachtet wird, während man die übrigen Ziele, welche sie gleichzeitig verfolgt, übersieht. Die Auslegung von Formvorschriften nach ihrem Zweck ist daher grundsätzlich nicht verboten. Sie kann jedoch nur unter der Voraussetzung zugelassen werden, daß wirklich alle Zwecke, die der Gesetzgeber mit einer Vorschrift verfolgt, berücksichtigt werden. Da nun die Schaffung klarer und eindeutiger Verhältnisse dem Zweck der meisten Formvorschriften innewohnt, darf ihre Ersetzung oder Nichtanwendung nur dann gestattet werden, wenn es offensichtlich und klar zutage tritt, daß die Verletzung der Vorschrift keinen Einfluß auf den Gang der Dinge hatte ausüben können.⁸⁾ Es käme andererseits einem unerträglichen und fruchtlosen Formalismus gleich, wollte man auch in solchen Fällen die Nichtbeachtung der Formvorschrift mit Sanktionen versehen.

Dasselbe muß wohl auch dann gelten, wenn eine Formvorschrift zwar nicht mißachtet, aber fehlerhaft oder unvollständig angewendet worden ist. Auch hier kann aber der Fehler nur dann ohne Sanktion bleiben, wenn die klare Situation, welche die Formvorschrift anstrebt, trotzdem gewahrt bleibt. Keine Sanktion sollte u. E. eintreten, wenn der Formfehler selbst erst durch ein Beweisverfahren aufgedeckt wird und im gleichen Verfahren die der Formvorschrift zugrunde liegenden materiellen Verhältnisse abgeklärt werden.⁹⁾

⁸⁾ Vgl. Anm. 4, Seite 145.

⁹⁾ Das Bundesgericht hat ein eigenhändiges Testament deshalb für ungültig erklärt, weil das Datum nicht auf jenen Tag lautete, da es hingesetzt worden war. BGE 75, II, 343 ff.

Nur wenn der Fehler offensichtlich ist und damit zum vornherein Zweifel auftauchen läßt über die Gültigkeit des Rechtsaktes, kann der Zweck der Formvorschrift nicht mehr als erfüllt betrachtet werden, denn dieser bestand eben darin, eine sichere und klare Lage zu schaffen.

U. E. ist daher auch bei Formvorschriften eine teleologische Auslegung durchaus zulässig, sofern sie gewissenhaft und genau ausgeführt wird. Wenn wir uns vor Augen halten, daß die Schaffung klarer Verhältnisse und einfacher Beweisgrundlagen oft Haupt- oder mindestens Nebenzweck der Formvorschriften ist, so wird auch eine teleologische Auslegung die allgemeine Auffassung bestätigen, daß bei der Interpretation von Formvorschriften ein strenger Maßstab anzulegen sei. Die teleologische Methode bietet aber die Möglichkeit, einem *übertriebenen und sinnlosen Formalismus* vorzubeugen, was sicher nur begrüßt werden kann.

Curriculum vitae

Am 27. Oktober 1925 wurde ich in Frauenfeld geboren. Meine Jugendzeit verbrachte ich in Romanshorn, wo ich auch die Primar- und die Sekundarschule besuchte. Im Frühjahr 1941 trat ich an die Kantonsschule Frauenfeld über, welche ich drei Jahre später mit dem Maturitätszeugnis (Typus B) verließ. Anschließend leistete ich längere Zeit Militärdienst. Im Herbst 1945 immatrikulierte ich mich an der Universität Zürich. Mein Studium in Zürich wurde wiederholt durch Militärdienst und durch praktische Tätigkeit, sowie durch einen Studienaufenthalt an der Universität Lausanne unterbrochen. Am 19. Januar 1952 schloß ich in Zürich meine Studien mit der letzten mündlichen Doktorprüfung ab.

